PACOTE ANTICRIME

VOLUME I

Organizadores

Eduardo Cambi
Danni Sales Silva
Fernanda Marinela

PACOTE ANTICRIME

volume I

PACOTE ANTICRIME

volume I

Organizadores

Eduardo Cambi
Danni Sales Silva
Fernanda Marinela

Curitiba, 2020

Rua Marechal Hermes, 910, 1° andar, Bloco VI
- Juvevê - Curitiba/PR
CEP 80530-230

Editor: *Escola Superior do Ministério Público do Paraná*

Projeto Gráfico e Diagramação: *Vivian Maria Schatz*

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Ficha Catalográfica

P121a Pacote anticrime: volume I / Organizadores: Eduardo Cambi, Danni Sales Silva, Fernanda Marinela — Curitiba : Escola Superior do MPPR, 2020.
391 p. v. 1.

ISBN 978-65-87486-02-4 (volume 1)

1. Crime —prevenção. 2. Ministério Público — atuação. 3. Persecução penal. 4. Lei n. 13.964/2019. 5. Criminalidade. I. Cambi, Eduardo. II. Silva, Danni Sales. III. Marinela, Fernanda. IV. Título.

CDU 343(81)

Elaborada por Claudia Teixeira de Oliveira - CRB-9/1391
Divisão de Biblioteca / Ministério Público do Estado do Paraná

SUMÁRIO

PACOTE ANTICRIME E SEUS REFLEXOS PARA A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

A Lei 13.964, de 24 de dezembro de 2019, conhecida como Pacote Anticrime, alterou 17 (dezessete) leis - dentre as quais o Código Penal, o Código de Processo Penal e a Lei de Execuções Penais – com profundos reflexos no sistema de justiça criminal brasileiro.

Compreender tais mudanças, buscar interpretações razoáveis para os textos legais e firmar posicionamentos sobre a atuação do Ministério Público brasileiro foram alguns dos desafios que inspiraram o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), por meio da Unidade Nacional de Capacitação, e o Ministério Público do Estado do Paraná (MPPR), pela sua Escola Superior, a coordenar esforços para reunir estudiosos do Pacote Anticrime.

Foi lançado um Edital nacional para a chamada de artigos. Após a análise da Comissão Editorial, foram selecionados 36 (trinta e seis) textos, que resultaram na publicação de dois volumes do livro Pacote Anticrime, contendo 18 (dezoito) artigos em cada um.

O primeiro volume contempla estudos que examinam a sucessão de leis penais no tempo, o combate à violência de gênero contra mulheres, a figura do agente disfarçado, a presença do defensor técnico do investigado nos casos de letalidade policial, a nova sistemática de arquivamento do inquérito policial, a valorização da vítima e a justiça restaurativa, o acordo de não persecução penal e o acordo de não persecução cível, a cadeia de custódia e o confisco alargado.

No segundo volume, encontram-se textos sobre o uso letal da força por agentes públicos, a identificação criminal pelo perfil genético, a prisão preventiva, os acordos de não persecução criminal e de não persecução cível, o juiz de garantias, as consequências da quebra da cadeia de custódia, o livramento condicional, o confisco alargado e o informante do bem (*whistleblower)*.

Todos os artigos têm em comum reflexões sobre a atuação do Ministério Público brasileiro na promoção do direito fundamental à segurança pública e das garantias constitucionais.

É importante, pois, agradecer a todos aqueles que contribuíram com esse esforço de reflexão sobre os diversos impactos do Pacote Anticrime no sistema penal e processual brasileiros.

Compete à Unidade Nacional de Capacitação do CNMP e às Escolas dos Ministérios Públicos brasileiros zelar pela educação continuada dos integrantes do MP, bem como estabelecer diálogos com a sociedade e com os demais atores do sistema de justiça.

A partir das informações, conhecimentos, saberes e da formação de consensos, é possível melhor interpretar e aplicar as leis, de modo a extrair delas as diretrizes necessárias para, aliadas aos fatos, efetivar a justiça nos casos concretos, contribuir para a mais eficiente atuação do Ministério Público e aprimorar a legislação, as instituições e instrumentos jurídicos.

Boa leitura!

Brasília, primavera de 2020.

Eduardo Cambi
Promotor de Justiça do MP/PR e coordenador da Escola Superior do MP/PR

Danni Sales Silva
Promotor de Justiça do MP/GO e membro auxiliar da Unidade Nacional de Capacitação

Fernanda Marinela
Conselheira do CNMP e Presidente da Unidade Nacional de Capacitação

CADEIA DE CUSTÓDIA: DIRETRIZES PARA A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO EM PROL DA SUA IMPLANTAÇÃO

Alexey Choi Caruncho[1]
Donizete de Arruda Gordiano[2]
Kenny Robert Lui Bettio[3]

SUMÁRIO

RESUMO

A regulamentação do que se intitula como *cadeia de custódia*, elevada ao nível legal a partir da Lei nº 13.964/19, trouxe desafios práticos aos operadores do Direito, na medida em que a observação ao quanto previsto conduz à necessária adaptação do serviço público que lhe é subjacente, sobretudo no tocante à estrutura dos órgãos de perícia oficial. A superação de tais dificuldades pressupõe a implantação de uma política pública voltada ao tema. Neste contexto, o artigo sugere a imprescindibilidade de uma atuação planejada do Ministério Público que, partindo de critérios objetivos, consiga, dentro de seu âmbito constitucional de atuação, cobra, monitorar e fiscalizar a implementação e prestação destes serviços. Para dar concretude ao quanto proposto, apresenta-se a experiência do Ministério Público estadual paranaense nesta temática.

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

1 Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Paraná vinculado ao Centro de Apoio Operacional das Promotorias Criminais, do Júri e Execuções Penais e ao Grupo de Atuação Especializada em Segurança Pública (GAESP/MPPR).

2 Assessor de Procuradoria DAS-4 do Ministério Público do Estado do Paraná, vinculado ao Centro de Apoio Operacional das Promotorias Criminais, do Júri e Execuções Penais.

3 Assessor de Promotoria DAS-5 do Ministério Público do Estado do Paraná, vinculado ao Centro de Apoio Operacional das Promotorias Criminais, do Júri e Execuções Penais.

PALAVRAS-CHAVE: Ministério Público; pacote anticrime; cadeia de custódia; fiscalização de políticas públicas; planejamento institucional.

1. Introdução

Em janeiro de 2020, a entrada em vigor da Lei n.º 13.964/19 entregou um imediato desafio aos organismos oficiais responsáveis pelo manejo com os elementos periciais. A vinda de um detalhado marco normativo, cuja implantação devia ocorrer dentro do curtíssimo prazo de *vacatio legis* de trinta dias, expôs crônicos problemas estruturais, materiais e humanos, de um departamento que, até há alguns anos, sequer encontrava-se desvinculado administrativamente de outros ramos policiais com assento constitucional4.

Com impacto imediato em todas as persecuções penais em curso, o detalhamento trazido pelos artigos 158-A a 158-F do Código de Processo Penal trouxe, como corolário, igual desafio ao Ministério Público brasileiro, em especial, diante de seu protagonismo em relação à gestão probatória5. Afinal, sendo já notório que a demora na elaboração de laudos e exames periciais apresenta-se como uma mera decorrência de fragilidades estruturais da polícia científica, o dilema posto à instituição foi o de saber como atuar perante esse deficit estatal, principalmente, de um lado, diante da inexistência de instrumentos que viabilizassem uma imediata modificação da realidade e, de outro, dada a impossibilidade da interrupção de inúmeras persecuções em curso, muitas delas de elevada complexidade.

Nos limites deste espaço, propõe-se apresentar algumas diretrizes que, em certa medida, podem servir como uma baliza para a atuação do Ministério Público neste setor, levando em conta a grande extensão, inclusive de cunho orçamentário, que a implantação da política pública traçada pelo legislador federal gera.

Para tanto, o texto está estruturado de modo a que, em sua primeira parte, seja ressaltada a vinculação do proposto com a adoção de uma atuação ministerial planejada, buscando destacar toda dimensão envolvida do que

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

4 No Estado do Paraná, por exemplo, foi só com a vinda da Emenda Constitucional Estadual n.º 10/2001, que o Instituto de Criminalística e o Instituto Médico Legal desvincularam-se do Departamento da Polícia Civil e passaram a constituir a Polícia Científica do Estado, que assumiu a condição de unidade administrativa, técnica e financeira autônoma, subordinada diretamente à Secretaria de Estado de Segurança Pública.

5 A respeito da gestão probatória e sua condição de núcleo fundante do sistema processual, cf. a tradicional menção a LOPES JR., Aury (2005): Introdução crítica ao processo penal: Fundamentos da instrumentalidade garantista, 2ª. Rio de Janeiro, Lumen Juris, em especial, Cap. II, item II, c, c'.

aqui se concebe como persecução planejada. Na sequência, deve ser aferido se existem parâmetros que possam direcionar uma atuação de cobrança, monitoramento e fiscalização pela instituição, com foco na implantação da política pública em questão. Neste momento, será oportuno realizar um estudo comparativo da nova estrutura regulamentada e sua diferença com marcos referenciais anteriores que, de certa forma, já previam a existência de um fluxo das atividades que deveria ser adotado no manejo pericial dos elementos probatórios. Na parte final, de forma ilustrativa, será destacada a experiência paranaense nesta área, resgatando o trabalho que vem sendo conduzido pelo Ministério Público estadual.

2. A atuação ministerial persecutória planejada como ponto de partida

A necessidade da atuação do Ministério Público estar pautada no planejamento institucional é argumento firme que, desde a primeira década dos anos 2000, não parece encontrar mais qualquer objeção6. O delineamento da exata dimensão deste discurso, porém, é tarefa ainda pendente.

Apesar desta pendência, cada vez mais assenta-se que se trata de um discurso que deve gerar reflexos além daqueles afetos à gestão administrativa da instituição, espraiando-se sob seu viés funcional, reconhecendo-se a existência de um vínculo igualmente necessário entre a atuação planejada e a atuação persecutória das atividades ministeriais7.

Até porque, mesmo quando analisada isoladamente, a atividade persecutória empreendida pelo Ministério Público é de tamanha envergadura, qualitativa e quantitativa, que faz com que seja imprescindível realizar-se uma justificável priorização. A inabarcável amplitude de eventos e demandas persecutórias confiadas à instituição torna o atuar planejado uma necessidade diária que, nesta medida, tardou a ser positivado8.

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

6 Dentre os primeiros escritos a este respeito no âmbito do Ministério Público, cf. FERRAZ, Antonio Augusto Mello de Camargo (Org.) (2003): Um novo modelo de gestão para o Ministério Público: bases de uma necessária reengenharia institucional, São Paulo, Edições APMP.

7 A respeito das distintas frentes que envolvem uma atuação funcional eficaz de cunho planejado, cf. CARUNCHO, Alexey Choi; MOREIRA, Ana Paula (2018): “O planejamento institucional do Ministério Público como premissa à eficácia na persecução da corrupção”, Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Paraná, 9/MPPR, p. 263-286.

8 Já no início dos anos 2000, advertia-se que a instituição vinha atuando “como se fosse possível, num país pobre e repleto de problemas sociais crônicos e imemoriais, tutelar, concomitantemente, todos os interesses da coletividade, nas inúmeras áreas cobertas por sua legitimação constitucional – ou seja, de todas as camadas sociais e de forma a abranger desde o mais simples interesse coletivo ou individual homogêneo ao

No entanto, se por um lado a correlação entre priorização e atuação persecutória pareça ser uma decorrência natural de todo atuar planejado, por outro, a dimensão estrutural desse planejamento persecutório, não raro, deixa de ser compreendida na sua integralidade. Basta ver que não são poucos os casos em que se identifica que foi a ausência da adoção de certas cautelas relacionadas a um fluxo planejado que acabou comprometendo operações de grande complexidade e inviabilizaram o regular curso da rotina de unidades.

Especificamente no que se refere à cadeia de custódia, a retomada desses aspectos é importante na medida em que se considera a amplitude das modificações legislativas que passaram a estar previstas nos artigos 158-A a 158-F do Código de Processo Penal, as quais longe estão de serem integralmente implementadas apenas pelo uso individualizado de instrumentos demandistas.

De fato, diante de uma normatização que parece ter se descolado da realidade vivenciada pela polícia científica da imensa maior parte dos Estados da Federação, essas alterações também lançaram um desafio à instituição, dada sua condição de ente responsável pela gestão de persecuções, ou seja, o de aferir como deveria proceder para que o fluxo pericial ali previsto fosse implantado na sua integralidade, evitando o comprometimento da eficácia de persecuções penais em curso e vindouras.

Até porque, não se pode descurar que o mero fato de uma lei ter sido promulgada – e, portanto, gozar de eficácia normativa perante o ordenamento jurídico –, não é suficiente para que seja verificada sua efetividade, isto é, que automaticamente passe a ter capacidade de conformar a realidade subjacente, sobretudo quando se trate de normas que regulam a prestação de serviços públicos.

Precisamente nesse campo é que deve se inserir toda e qualquer discussão afeta à implantação de políticas públicas, compreendidas enquanto instrumentos para colmatar lacunas de variadas ordens, que pressuponham a existência de atividades estatais das mais distintas naturezas, estando cada uma delas dotadas das suas respectivas dificuldades.

É, ainda, dentro deste contexto que, como aqui se adverte, deve ser igualmente resgatada a necessidade de o Ministério Público considerar a existência interna de um *planejamento adequado* que não deixe de abarcar a atuação persecutória.

Afinal, só assim é que será possível conceber-se uma *integração institucional* apta a produzir efeitos externos, que permitam a cobrança, o moni-

---

mais amplo e grave interesse social" (FERRAZ, Antonio Augusto Mello de Camargo (Org.) (2003): Um novo modelo de gestão para o Ministério Público: bases de uma necessária reengenharia institucional. São Paulo: Edições APMP, p. 19).

toramento e a fiscalização de políticas públicas e que compatibilize objetivos e metas institucionais traçadas com as limitações estatais de um dado setor. Até porque, será precisamente a clareza desta *compatibilização* que permitirá que a atuação do Ministério Púbico possa apresentar-se como uma atividade eficaz, com reais impactos fáticos.

No que interessa ao tema proposto, portanto, é fundamental compreender que essa ideia de *integração* envolve a referida dimensão interna. Trata-se, mais especificamente, de uma integração que conduza à existência de um *alinhamento*, que permita uma *estruturação institucional persecutória*, onde a atuação funcional na apuração criminal – exercida pelas Promotorias de Justiça e demais unidades de execução – figure como mais uma importante peça que esteja atrelada à visão macro que a instituição detenha a respeito da política criminal para a qual pretende contribuir.

Concretamente, tudo isto se traduz no sentido de que, diante do problema estrutrual trazido, a atuação-fim ministerial na persecução criminal haverá de estar antecedida de uma prévia definição institucional sobre a forma como o Ministério Público almeja atuar ante uma política estatal reconhecida como deficitária. Em outro dizer, é necessário que a instituição assuma como questão antecedente a necessidade de aferir, coletivamente, quais serão as priorizações que buscará na área deficitária, inclusive estruturando a si própria a fim de concretizar o quanto previsto como meta prioritária, com reflexos das mais distintas vertentes (orçamentária, material, humana, capacitações, aperfeiçoamentos, etc.).

Assim, ao referir-se aqui à necessidade de uma *estrutura persecutória* que observe o rumo político-criminal previamente almejado pela instituição, quer-se entender algo mais do que a mera reestruturação (material e humana) de unidades que, por vezes, figura como exclusivo argumento no senso comum. Daí a menção feita à *integração*.

Por isto, no âmbito da atuação ministerial em prol da implantação da política pública da cadeia de custódia, para atender ao preciso significado da expressão *integração* como aqui empregada, deve-se entregar imediata relevância, tanto à aproximação entre determinadas atividades finalísticas afins, quanto entre setores ministeriais tradicionalmente vinculados a atividades-meio.

Isto significa que, de forma ilustrativa, no âmbito ministerial paranaense, uma *atuação institucional persecutória planejada* demandará uma intensa aproximação, coesão e definição de planos estratégicos de atuação que envolvam setores distintos, tanto das atividades-meio (Centro de Apoio Técnico à Execução e seus respectivos Núcleos de Inteligência e de Apoio Técnico Especializado; Centro de Apoio Operacionais vinculados à área, etc.), quanto das atividades-fim (Promotorias de Proteção ao Patrimônio Público, Promotorias

Criminais, Grupos de Atuação Especializados de Combate ao Crime Organizado, de Proteção ao Patrimônio Público, de Atuação Especializada em Segurança Pública, etc.).

Esta interlocução não há de ser de cunho casuístico, mas deve ser assumida como um pressuposto para o planejamento da instituição na seara persecutória também naquelas demandas nas quais o Estado demonstrar que seus equipamentos públicos são deficitários para a hígida persecução criminal.

São demandas que, invariavelmente, transcendem os limites territoriais de uma dada unidade de execução e se replicam em várias outras localidades, abrindo espaço para a necessária existência de uma atuação centralizada e coordenada de tutela coletiva de segurança pública.

Por isto que se realizou expressa menção à *integração interna*. Ademais, também por isto que deve ser atribuída grande relevância àqueles espaços institucionais nos quais a articulação possa ser mantida, aperfeiçoada e fomentada (Comissões de Alinhamento Estratégico, Grupos Intersetoriais de Pesquisa, etc.), criando um modelo de gestão que permita um atuar uniforme e, consequentemente, que viabilize o desenvolvimento de uma cultura institucional que, gradualmente, passe a identificar-se com esta forma de agir.

Uma vez atingido um tal nível de estruturação no âmbito do enfrentamento de questões complexas como a relacionada ao deficit estatal no âmbito da polícia científica, estará o Ministério Público apto a concretizar, materialmente, uma política planejada que potencialize o reconhecimento de uma atuação eficaz também nesta área.

A dificuldade seguinte, a partir daí, passa a estar relacionada à aferição de como atuar em prol de uma cobrança ponderada, ou mesmo de como monitorar e fiscalizar a implantação de serviços públicos diretamente afetos à política criminal estatal, sob pena de restar inviabilizada a própria possibilidade de integração entre unidades. Até porque, reitera-se, o cenário é da presença de modificações legislativas plenamente em vigor.

3. Parâmetros de monitoramento e fiscalização para a atuação ministerial

Definido que o desafio posto ao Ministério Público na atuação de cobrança, monitoramento e fiscalização da implantação da política pública em questão passa, necessariamente, por uma atuação planejada com integração também interna, o questionamento seguinte está em saber identificar quais seriam os *parâmetros* que devem ser observados nesta atividade ministerial.

Este questionamento é relevante na medida em que será o seu resultado que evitará, por exemplo, que a atividade ministerial de cobrança não seja desproporcional, nem tampouco que as atividades de monitoramento e fiscali-

zação se apresentem como mera contemplação do curso regular de uma dada gestão administrativa.

Até porque, se a integração mencionada tende a evitar que a atuação ministerial se dê de forma fragmentada e desarticulada no âmbito local, é de se supor que apenas quando restarem evidenciados esses *parâmetros* é que, internamente, todas as unidades impactadas pelo deficit estatal compreenderão o que a instituição almeja estrategicamente nessa demanda, abrindo espaço para aferir eventuais medidas mitigatórias que possam ser adotadas conforme as peculiaridades de uma dada localidade.

Pois bem, na busca desses *parâmetros* é que se verifica que, dentre os principais obstáculos para a implantação de fluxos adequados ao atendimento do quanto exigido pela Lei em relação à cadeia de custódia, devem ganhar relevância os fatores: *(i) tempo e complexidade; e (ii) deficiência estrutural.*

Quanto ao *primeiro*, parece importante resgatar o contexto de ingresso do regramento no ordenamento jurídico pátrio. Com efeito, tal qual referido, publicada no dia 24 de dezembro de 2019, a Lei n. 13.964 estabeleceu um prazo de apenas 30 dias de *vacatio*, período reconhecidamente insuficiente para a implementação de todas as adaptações necessárias ao adequado cumprimento de suas disposições.

A exiguidade desse lapso temporal foi expressamente reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, quer na medida cautelar concedida nos autos da ADI nº 6.298, quer naquela manejada nos autos da ADI nº 6.299, ainda que, em nenhuma delas o foco da atenção tenha se voltado ao regramento da cadeia de custódia propriamente dito. Na verdade, nenhuma das petições iniciais das ações diretas de inconstitucionalidade manejadas em face da Lei nº 13.964/19 (ADIs nºs 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305) abordou o tema com foco nos dispositivos que passaram a regulamentar a cadeia de custódia, razão pela qual as decisões daquela Corte teriam passado ao largo da possível concessão de maior prazo para implementação das alterações necessárias quanto a este ponto.

Todavia, desde uma perspectiva pragmática, parece não haver critério de distinção razoável para se estabelecer que outros pontos de alteração legislativa que implicaram a necessidade de adaptações da estrutura estatal (v.g. novo procedimento de arquivamento de inquérito policial, instituição do juiz das garantias, etc.) exijam um prazo mais alargado do que aquele concedido ao tópico da cadeia de custódia.

Com isto, o que se quer destacar com este primeiro critério – *i.e.*, de que houve um curto prazo para implantar modificações estruturais de grande dimensão –, é que ele deve ser considerado na pauta de atuação do Ministério Público na cobrança da implementação das políticas públicas traçadas. Ou seja, a *exiguidade de tempo* para a implantação dos novos fluxos e medidas que passaram a ser legalmente exigidos em relação ao tratamento dos ves-

tígios de crime deve ser ponderada na atividade ministerial de cobrança da implementação a ser realizada pelo Estado.

Isto não significa, porém, que o *exíguo prazo* e a *complexidade das atividades* possam levar à conclusão de que a estruturação trazida pelo legislador deve ser interpretada como sendo relacionada a uma cobrança que só possa ser realizada a longo prazo. Em absoluto.

É que, na análise do fator *tempo* e *complexidade* também deve ser ponderada a estruturação que já era exigida do Estado por normativas anteriores. Com efeito, há que se ponderar que o fator *tempo* e *complexidade* deve ser mitigado pelo fato de que, a despeito de seu prazo de *vacatio*, as alterações legislativas referentes à cadeia de custódia, em sua maior parte, figuram como uma mera repetição do que já era exigido desde a edição da Portaria nº 82, de 16 de julho de 2014-SENASP/MJ.

De fato, o detalhado cotejo entre o regramento da antiga regulamentação infralegal com o que passou a ser previsto nos artigos 158-A a 158-F do CPP demonstra que a maior parte dos dispositivos foi, simplesmente, repetida à exatidão.

Diante desta circunstância, é fundamental que a atividade de cobrança ministerial saiba diferenciar o que figura como uma exigência de estruturação realmente implantada pela Lei, daquelas exigências que, em certa medida, já figuravam como exigência de um regramento de mais de seis anos.

Além disto, nos casos em que for possível concluir que as disposições da Portaria já eram, inclusive, de caráter cogente, haverá que se considerar que o dever estatal de implementação das adaptações necessárias figura, na verdade, como algo muito mais premente e, portanto, pode ser mais intensivamente cobrado. Daí a importância de se averiguar se uma dada disposição pendente de implementação, por exemplo, já estava impedindo a realização de repasses de subsídios federais para projetos na área, em especial, em decorrência de eventuais termos de cooperação celebrados entre Estado e União, que condicionavam a transferência de recursos ao atendimento do quanto previsto na Portaria.

Enfim, quanto ao parâmetro *tempo* e *complexidade*, pode-se concluir que a tolerância em relação à exiguidade do prazo previsto para a implementação do regramento legal deve ser sopesada a partir desses aspectos, atuando-se com critérios muito mais objetivos que, nesta medida, permitem evitar incorrer nos tradicionais discursos estatais de que pouco poderia ter sido feito por um dado Estado diante de *tamanhas* mudanças estruturais.

Indissociavelmente ligado à circunstância temporal, há ainda um *segundo fator* a ser considerado, a saber, a efetiva *deficiência estrutural* dos órgãos de segurança pública afetados pelas novas disposições legais em relação à cadeia de custódia. Refere-se, agora, à distância que há entre a estrutura hoje

existente e aquela que passa a ser necessária para o atendimento dos fluxos estabelecidos no âmbito legal.

Nesse aspecto, deve-se notar que a lei prevê o estabelecimento de um "conjunto de procedimentos" utilizados no tratamento do vestígio (art. 158-A), os quais estão divididos em etapas (art. 158-B), gerando a necessidade de estabelecimento de novos fluxos e estruturas como, v.g., *(a)* a das regulamentações infralegais aptas a discernir o papel de cada um dos órgãos de segurança pública implicados (polícia militar, polícia judiciária, órgão de perícia oficial, entre outros); *(b)* a dos aspectos relacionados à logística dos vestígios (art. 158-B, VI); *(c)* ao da aquisição de materiais, tais como invólucros e lacres (arts. 158-B, V e 158-D); *(d)* ao da admissão e treinamento de pessoal, conforme necessário para o atendimento do incremento de demanda, sobretudo nos órgãos de perícia oficial (art. 158-C); *(e)* ao da construção ou adaptação de estruturas físicas, sobretudo em relação às "centrais de custódia" (art. 158-E); *(f)* ao da aquisição de outros equipamentos necessários à identificação, conservação, transporte e análise dos vestígios; dentre outros que poderiam ser citados.

Em seu conjunto, se está diante de previsões que parecem contemplar aspectos de *gestão, controle e planejamento institucional*, de *estrutura física, materiais e de pessoal* e, principalmente, relacionados a *processos de trabalho* que são desempenhados pela polícia científica.

Assim, muito embora deva ser sopesado que essas implementações estruturais se relacionam, inevitavelmente, com questões afetas à capacidade orçamentária do Estado – cujos contornos definidos pela Constituição de 1988 bem demonstram a enorme demanda nos mais distintos seguimentos sociais –, deve ser igualmente considerado que várias dessas "novíssimas" implementações, agora previstas em Lei, já de há muito figuravam na pauta de investimentos estatais.

Daí a importância, uma vez mais, de que sejam consideradas as peculiaridades de cada Estado na definição da pauta de cobrança a ser traçada pelo Ministério Público nesta seara, sendo absolutamente previsível e, inclusive, esperado, que situações distintas façam com que, justificadamente, a implementação integral do quanto traçado pelo legislador se dê em compassos diferenciados.

Em definitivo, somente a partir da compreensão de que a efetividade das novas disposições legais atinentes à cadeia de custódia implicam uma atenção diferenciada em relação à política pública de concretização que permeia o tema, é que se poderá adotar uma atuação ministerial planejada voltada ao acompanhamento da implementação dos novos fluxos exigidos, executando-o, porém, a partir de critérios que levem em conta a efetiva realidade da estrutura estatal local.

4. A experiência paranaense analisada a partir das perspectivas externa e interna

Uma vez verificada uma proposta de atuação planejada na área em estudo, o que passa a interessar está em saber o quão factível mostra-se o proposto até aqui, servindo de exemplo o que vem sendo vivenciado no Estado do Paraná.

Trata-se de uma indagação que leva à aferição de dois aspectos. O *primeiro* refere-se à análise de como se apresenta a polícia científica paranaense diante dos aperfeiçoamentos normativos trazidos. Diagnosticado esse cenário, será possível, num *segundo momento,* analisar como vem atuando o Ministério Público no que diz respeito à implementação da política pública afeta à cadeia de custódia.

Para atender ao *primeiro aspecto*, não resta outra via senão averiguar o quanto tenha sido diagnosticado a respeito da gestão, funcionamento e de questões estruturais da polícia científica paranaense. É que somente a partir desta confrontação é que se poderá, de fato, aferir o que há de ser sopesado para a ponderação da atividade ministeriais.

Dentro deste contexto é que, no passado recente, foram elaborados dois documentos que servem de baliza e merecem uma breve menção.

Um deles, no âmbito do próprio Ministério Público paranaense, a partir da realização de uma ampla análise das políticas estaduais de segurança pública. Publicado no final de 20189, este documento trouxe uma visão mais precisa das deficiências estruturais e dos problemas enfrentados no setor, o que permitiu que a instituição pudesse adotar providências coordenadas a partir de então.

Despertou-se para um cenário deficitário que não demorou a ser reconhecido por outros órgãos de controle e fiscalização, ganhando relevo um relatório de auditoria, recentemente publicado pelo Tribunal de Contas do Estado do Paraná (TCE/PR), que conduziu a similares resultados10.

Em seu conjunto, esses diagnósticos vêm servindo como peças importantes para pautar e delimitar a atuação ministerial aqui tratada. De fato, são

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

9 Sobre o diagnóstico realizado pelo GAESP neste setor, confira-se PARANÁ, Ministério Público do Estado do Paraná (2018): Segurança Pública. Acompanhamento das políticas estaduais de segurança pública pelo Ministério Público do Estado do Paraná. Disponível em <https://criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/_Monitoramento_do_MP_-_Seguranca_Publica_versao_21_final.pdf>. Acesso em 27. ago. 2020.

10 Refere-se, aqui, ao documento PARANÁ, Tribunal de Contas do Estado do Paraná (2020): Relatório de Auditoria Polícia Científica do Paraná, 2019. Disponível em: <https://www1.tce.pr.gov.br/multimidia/2020/8/pdf/00348521.pdf>. Acesso em 26. ago. 2020.

documentos que permitem identificar *indicadores* concretos para o monitoramento e fiscalização dessa política pública.

A título de exemplo, um dos principais indicadores que se extrai refere-se às questões de *recursos humanos* da polícia científica. É que as informações compiladas instruíram a instituição sobre o grave problema de pessoal no setor que, no ano de 2017, apresentou uma defasagem de 82% no seu quadro de pessoal11. Uma situação que sempre recaiu no exercício da sua atividade-fim, com reflexos não apenas no lapso temporal da realização de perícias, mas igualmente na própria porcentagem de presos provisórios do Estado, com instruções que assumem um ritmo bem menos célere12. Não por outra razão que a cobrança e fiscalização da regularização desse deficit foram inseridas entre os projetos prioritários de certas unidades do Ministério Público13.

Pois bem, com o acompanhamento da contínua redução percentual desse deficit – cuja defasagem de pessoal diminuiu, nos anos de 201814 e201915, respectivamente, para patamares de 73% e 67,8% – tornou-se também possível monitorar os reflexos dessa parcial melhora, em especial, quanto à *qualidade das atividades funcionais* e *dos processos de trabalho* empreendidos pelos órgãos periciais.

Na verdade, esses diagnósticos permitem que a instituição possa ir ainda além neste exercício de apuração estrutural em prol do monitoramento a ser empreendido. Isto porque, outro indicador de relevo e que deve ser lembrado refere-se à perspectiva *estrutural orçamentária* da polícia científica.

De fato, no Estado do Paraná, existe um notório descompasso entre o orçamento disponibilizado às demais polícias e aquele afeto à polícia científica, muito embora boa parte das atividades empreendidas pelas demais desá-

11 PARANÁ, Tribunal de Contas do Estado do Paraná (2018): Contas do Governador, Exercício 2017, Caderno Gestão da Segurança. Disponível em: <https://www3.tce.pr.gov.br/contasdogoverno/2017/pdfs/seguranca.pdf>. Acesso em 26. ago. 2020.

12 PARANÁ, Ministério Público do Estado do Paraná (2018): Segurança Pública. Acompanhamento das políticas estaduais de segurança pública pelo Ministério Público do Estado do Paraná. Disponíviel em <https://criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/_Monitoramento_do_MP_-_Seguranca_Publica_versao_21_final.pdf>. Acesso em 27. ago. 2020.

13 Neste sentido, cf. o Plano Setorial de Ação do Centro de Apoio Operacional das Promotorias Criminais, do Júri e Execuções Penais e do Grupo de Atuação Especializada em Segurança Pública (2019). Disponível em: <https://criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/Plano_Setorial_de_Acao_2019_CAOPCriminal.pdf>. Acesso em 28. ago. 2020.

14 PARANÁ, Tribunal de Contas do Estado do Paraná (2019): Contas do Governador, Exercício 2018, Caderno Gestão da Segurança. Disponível em: <https://www3.tce.pr.gov.br/contasdogoverno/2018/pdfs/Cadernos/6.pdf>. Acesso em 26. ago. 2020.

15 PARANÁ, Tribunal de Contas do Estado do Paraná (2020): Relatório de Auditoria Polícia Científica do Paraná, 2019. Disponível em: <https://www1.tce.pr.gov.br/multimidia/2020/8/pdf/00348521.pdf>. Acesso em 26. ago. 2020.

guem, inevitavelmente, nesta última.16

Malgrado não se desconheçam as inúmeras variáveis que levam a esta diferenciação, esse distinto investimento estatal haverá de ser considerado pelo Ministério Público em sua atividade, seja ela de cobrança, monitoramento ou fiscalização da implementação das políticas públicas afetas à cadeia de custódia.

Na realidade, os dados extraídos desses diagnósticos devem ser compreendidos como circunstâncias a serem consideradas na *ponderação dessa atuação institucional.* Até porque não se pode ignorar que o relatório de auditoria do TCE/PR conduziu a mais de duas dezenas de recomendações, envolvendo aspectos de gestão, controle e planejamento institucional, de estrutura física, materiais e equipamentos, de pessoal e de diversos processos de tralho.17

Enfim, todas essas aferições conformaram um cenário que entregou balizas muito mais objetivas à atuação institucional. E foi, a partir delas, que o Ministério Público paranaense, internamente, pôde traçar uma estratégia de atuação que fosse capaz de atender não só às tradicionais questões emergenciais que decorrem da desestrutura estatal, mas também àquelas vinculadas à inexistência de uma política consistente na área.

Por isto, sob o viés interno, ganha relevo o quanto mencionado no início deste trabalho a respeito da necessária *integração*, na condição de peça fundamental da atuação institucional planejada, servindo de exemplo a atenção diferenciada que passou a ser dada à tutela coletiva da segurança pública.

Com efeito, partindo-se da ideia da necessidade de uma atuação ministerial integrada, uniforme e coesa em relação às demandas afetas à segurança pública é que, em 2018, foi instituído no Ministério Público do Paraná, o Grupo de Atuação Especializada em Segurança Pública (GAESP), como órgão de coordenação e execução da tutela coletiva da segurança pública em âmbito estadual.18

Dentre outras funções, previu-se competir ao GAESP a realização de visitas ordinárias de controle externo da atividade policial,19 envolvendo não

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

16 No ano de 2019, por exemplo, a polícia científica executou despesas no valor de R$ 82 milhões, representando menos de 5% das despesas empenhadas pela polícia militar e pouco mais de 10% dos gastos da polícia civil e do departamento penitenciário. Cf. PARANÁ, Tribunal de Contas do Estado do Paraná (2020): Relatório de Auditoria Polícia Científica do Paraná, 2019. Disponível em: <https://www1.tce.pr.gov.br/multimidia/2020/8/pdf/00348521.pdf>. Acesso em 26. ago. 2020.

17 PARANÁ, Tribunal de Contas do Estado do Paraná (2020): Relatório de Auditoria Polícia Científica do Paraná, 2019. Disponível em: <https://www1.tce.pr.gov.br/multimidia/2020/8/pdf/00348521.pdf>. Acesso em 26. ago. 2020.

18 Resolução n. 550/2018 PGJ/MPPR.

19 Resolução n. 20/2007 CNMP.

apenas unidades da polícia civil, mas também da polícia científica20. A cumulação de atividades de coordenação e execução numa mesma unidade buscou possibilitar que, pela perspectiva empírica, pudessem ser aferidas diretrizes para a atuação institucional na área criminal, procurando extrair dessas visitas aqueles problemas que fossem replicáveis em outras localidades do Estado, bem como aquelas demandas que impactassem na persecução penal realizada pelo Ministério Público21.

A meta, por isto, sempre esteve na idealização de distintas estratégias de atuações ministeriais para problemas crônicos que, uma vez diagnosticados, estivessem conduzindo à baixa eficácia da atividade persecutória das mais distintas unidades ministeriais. E foi, precisamente, a partir deste norte aplicado às visitas nas unidades da polícia científica que se evidenciaria a presença de problemas que demandavam um repensar na atuação ministerial de cobrança, monitoramento e fiscalização de políticas públicas estaduais.

Decorre daí a proposta de uma contínua forma de atuar planejada, na qual se assuma como premissa a necessidade de *duas frentes distintas de intervenção ministerial*. De um lado, uma atuação estadual, relacionada à política estatal, e, de outro, uma de caráter local. E, neste sentido, a *integração* entre GAESP e Promotorias locais passou a ser considerada um pressuposto deste método de atuação.

Até porque, empiricamente, seria diagnosticada a insuficiência da exclusiva atuação local. Antes de solucionar problemas que se replicavam em diversos locais do Estado, a atuação ministerial fragmentada, inadvertidamente, terminava por interferir na própria política adotada pelo gestor estadual22.

E foi, igualmente, com este propósito integrador e ancorado numa atuação planejada que o GAESP fomentou a criação de um Grupo Interinstitucional de Trabalho relacionado à implementação dos procedimentos para assegurar a cadeia de custódia de vestígios no Estado.

Com efeito, envolvendo diversos atores da segurança pública estadu-

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

20 Art.1º, §1º, da Resolução n. 550/2018-PGJ/PR. Em seu anexo estão relacionadas as unidades a serem visitadas pelo GAESP, constando, dentre elas, as unidades do Instituto de Criminalística (IC) e do Instituto Médico Legal (IML) localizadas na cidade de Curitiba/PR.

21 Sobre as distintas nuances do trabalho executado pelo GAESP no âmbito da atuação de controle externo da atividade policial e seus respectivos achados, cf. CARUNCHO, Alexey Choi; GLITZ, André Tiago Pasternak (2019): “Por uma política ministerial de controle externo da atividade policial: a experiência paranaense”, en O Ministério Público e o Controle Externo da Atividade Policial, 2/CNMP, pp. 193-215.

22 A respeito do quanto diagnosticado no âmbito prisional paranaense, cf. CARUNCHO, Alexey Choi; GLITZ, André Tiago Pasternak (2018): “A tutela da segurança pública e os desafios para o Ministtério Público brasileiro: a experiência paranaense a partir do problema prisional”, en A visão do Ministério Público sobre o sistema prisional brasileiro, 3/Conselho Nacional do Ministério Público, pp. 74-96.

al,23 o que se busca neste espaço é identificar as diversas atividades que estão em curso em prol da implementação integral do fluxo previsto pelo legislador. Objetiva-se, ainda, a verificação de situações emergenciais que demandem políticas mitigatórias, aptas a evitar o comprometimento de persecuções de diferenciada atenção.

As discussões e expedientes realizados por este Grupo de Trabalho têm identificado um amplo leque de ações e iniciativas estatais, em curso e projetadas. Na sua análise global, resta evidente que essas iniciativas passam por questões afetas à integração de sistemas, à preservação, coleta, guarda e descarte de materiais, ao atendimento em local de crimes, etc. Este amplo rol permitiu, inclusive, idealizar-se um *plano de ação*, com o objeto de cada iniciativa, o órgão responsável, o seu andamento e a previsão de sua conclusão.

Em definitivo, dentro de um contexto de grande complexidade da política estatal a ser implementada, o que se avançou até aqui tem permitido imprimir transparência à atuação estatal em curso. Ademais, parte-se de uma visão de *integração interna* para, como estratégia institucional, buscar uma *integração com unidades externas* que atuam ou contribuem em prol de um desenho planejado para o setor.

Com isto, longe de mera contemplação da política em curso, imprime o Ministério Público um monitoramento essencialmente ativo neste importante setor.

5. Conclusões

Dentro de um contexto social e econômico cada vez mais complexo, em especial, sob a perspectiva financeira, mostra-se evidente que o acompanhamento de políticas públicas de áreas sensíveis à atividade investigatória demanda especial atenção pelo Ministério Público.

Com o exemplo das amplas modificações da política estatal pericial inauguradas pelo pacote anticrime, o texto procurou evidenciar que a atuação institucional para a implantação desta política deve ser efetuada com base em critérios objetivos, que figurem como indicadores da evolução da concretização do quanto agora previsto em lei.

Para tanto, ganhou destaque a imprescindibilidade de uma atuação planejada do Ministério Público que, partindo desses critérios, de forma ponderada consiga cobrar, monitorar e fiscalizar a implementação e prestação dos serviços dos órgãos periciais nos termos traçados. Para dar concretude

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

23 O Grupo Interinstitucional é formado por representantes da Secretaria de Estado de Segurança Pública, da Polícia Militar, da Polícia Civil, da Polícia Científica e do Ministério Público estadual.

ao quanto proposto, apresentou-se a experiência que vem sendo desenvolvida pelo Ministério Público estadual paranaense nesta temática.

6. Referências

CARUNCHO, Alexey Choi; MOREIRA, Ana Paula (2018): “O planejamento institucional do Ministério Público como premissa à eficácia na persecução da corrupção”, *Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Paraná*, 9/MPPR.

GLITZ, André Tiago Pasternak (2019): “Por uma política ministerial de controle externo da atividade policial: a experiência paranaense”, en *O Ministério Público e o Controle Externo da Atividade Policial*, 2/CNMP.

GLITZ, André Tiago Pasternak (2018): “A tutela da segurança pública e os desafios para o Ministério Público brasileiro: a experiência paranaense a partir do problema prisional”, en *A visão do Ministério Público sobre o sistema prisional brasileiro*, 3/Conselho Nacional do Ministério Público.

FERRAZ, Antonio Augusto Mello de Camargo (Org.). *Um novo modelo de gestão para o Ministério Público: bases de uma necessária reengenharia institucional.* São Paulo: Edições APMP, 2003.

LOPES JR., Aury (2005): *Introdução crítica ao processo penal:* Fundamentos da instrumentalidade garantista, 2ª. Rio de Janeiro, Lumen Juris, em especial, Cap. II, item II, c, c’.

PARANÁ, Ministério Público do Estado do Paraná (2018): *Segurança Pública. Acompanhamento das políticas estaduais de segurança pública pelo Ministério Público do Estado do Paraná.* Disponível em: <https://criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/_Monitoramento_do_MP_-_Seguranca_Publica_versao_21_final.pdf>. Acesso em 27. ago. 2020.

Tribunal de Contas do Estado do Paraná (2020): *Relatório de Auditoria Polícia Científica do Paraná, 2019.* Disponível em: <https://www1.tce.pr.gov.br/multimidia/2020/8/pdf/00348521.pdf>. Acesso em 26. ago. 2020.

Tribunal de Contas do Estado do Paraná (2018): *Contas do Governador, Exercício 2017, Caderno Gestão da Segurança.* Disponível em: <https://www3.tce.pr.gov.br/contasdogoverno/2017/pdfs/seguranca.pdf>. Acesso em 26. ago. 2020.

Tribunal de Contas do Estado do Paraná (2019): *Contas do Governador, Exercício 2018, Caderno Gestão da Segurança.* Disponível em: <https://www3.tce.pr.gov.br/contasdogoverno/2018/pdfs/Cadernos/6.pdf>. Acesso em 26. ago. 2020.

Data de conclusão e submissão: 28.08.2020.

A PRESENÇA DO DEFENSOR TÉCNICO DO INVESTIGADO NOS CASOS DE LETALIDADE POLICIAL

Antonio Henrique Graciano Suxberger[1]

SUMÁRIO

RESUMO

A Lei nº 13.964/2019 promoveu a inserção dos artigos 14-A no CPP e 16-A no CPP Militar (CPPM). Assim, o integrante das forças de segurança pública que seja investigado em caso de letalidade policial deverá ser cientificado da existência de investigação e poderá nomear defensor técnico. Se não indicar defensor, a instituição a que ele seja vinculado deverá fazê-lo. Essa exigência tem o condão de obstar ou impedir a tramitação do procedimento que apura o caso de letalidade policial? O artigo responde a essa pergunta por meio de interpretação sistemática que, de um lado, considera o sentido e o alcance da ampla defesa assegurada na Constituição Federal e, de outro lado, respeita os demais enunciados legais que versam sobre a investigação preliminar e as prerrogativas do defensor técnico do investigado. Assim, propõe compreensão que assegura a tramitação da apuração sobre letalidade policial em consonância e respeito aos novos dispositivos legais.

PALAVRAS-CHAVE: Ampla defesa. Defensor técnico. Investigação preliminar. Letalidade policial.

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

1 Doutor e Mestre em Direito. Pós-Doutor pelo IGC da Universidade de Coimbra. Professor Titular do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do UniCEUB. Professor da FESMPDFT e da ESMPU. Promotor de Justiça no Distrito Federal.

1. Introdução

A Lei nº 13.964/2019 introduziu o art. 14-A no Código de Processo Penal (CPP), cuja redação vale transcrever, para em seguida problematizá-la:

> Art. 14-A. Nos casos em que servidores vinculados às instituições dispostas no art. 144 da Constituição Federal figurarem como investigados em inquéritos policiais, inquéritos policiais militares e demais procedimentos extrajudiciais, cujo objeto for a investigação de fatos relacionados ao uso da força letal praticados no exercício profissional, de forma consumada ou tentada, incluindo as situações dispostas no art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), o indiciado poderá constituir defensor.
>
> § 1º Para os casos previstos no caput deste artigo, o investigado deverá ser citado da instauração do procedimento investigatório, podendo constituir defensor no prazo de até 48 (quarenta e oito) horas a contar do recebimento da citação.
>
> § 2º Esgotado o prazo disposto no § 1º deste artigo com ausência de nomeação de defensor pelo investigado, a autoridade responsável pela investigação deverá intimar a instituição a que estava vinculado o investigado à época da ocorrência dos fatos, para que essa, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, indique defensor para a representação do investigado.
>
> § 3º (VETADO).
>
> § 4º (VETADO).
>
> § 5º (VETADO).
>
> § 6º As disposições constantes deste artigo se aplicam aos servidores militares vinculados às instituições dispostas no art. 142 da Constituição Federal, desde que os fatos investigados digam

> respeito a missões para a Garantia da Lei e da Ordem.

A redação do art. 14-A do CPP é igualmente positivada no Código de Processo Penal Militar (CPPM), em seu art. 16-A, também por alteração promovida pela Lei nº 13.964/2019 (que se convencionou chamar de "Pacote Anticrime").

O art. 14-A do CPP estabelece a obrigatoriedade de "citação" dos agentes das forças de segurança pública enumeradas pelo art. 144 da Constituição Federal, sempre que figurarem como investigados em procedimentos de apuração preliminar de fatos "relacionados ao uso da força letal praticados no exercício profissional".

A falta de técnica legislativa da alteração promovida pela Lei nº 13.964 é patente: nomina como *citação* a necessidade de cientificar o investigado de que há apuração em curso de fato que possa ser a ele imputado. A citação, como sabido, é ato de comunicação processual que cumpre finalidade dúplice: dá conhecimento ao acusado de que contra ele há uma imputação criminal deduzida em juízo e possibilita a ele o exercício da ampla defesa no curso do processo.[2]

A citação é ato processual que pressupõe a existência de processo criminal, portanto, de modo que se mostra incorreto mencionar o ato de citação se inexistente processo-crime em curso. A citação, ato que *perfectibiliza* a relação jurídico-processual, portanto, pressupõe que a ação penal já tenha sido aforada e que, por conseguinte, haja imputação deduzida formalmente (e delimitadamente) em desfavor do citando. É o que se extrai dos arts. 351-369 do CPP (Título X – Das Citações e Intimações, Capítulo I – Das Citações).

Quando o legislador usa erradamente expressão jurídica que se refere ao chamamento do acusado ao processo do acusado, para que ele tome ciência da acusação e dela se defenda, ele não promove a alteração da natureza jurídica do ato de *notificação* do investigado para que saiba que há procedimento apuratório sobre fato que pode ser a ele imputado. Não é a nomenclatura que define a natureza jurídica do instituto, por conseguinte, mas sim a moldura fática que enseja a sua prática e, por conseguinte, igualmente a consequência jurídica que dele decorrerá.

Para além da falta de técnica legislativa adequada na eleição das expressões veiculadas pelo art. 14-A do CPP (igualmente presente no art. 16-A do CPPM), a redação trazida pela Lei nº 13.964 traz um problema prático de relevante deslinde: se o legislador estabelece a necessidade de indicação de defensor ao investigado nos casos que enuncia no art. 14-A do CPP, há óbice a

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

2 PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas, Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência, 8. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 772.

que a investigação prossiga e encontre seu desfecho na ausência desse defensor?

O presente artigo se presta a responder a essa pergunta. Para tanto, indicará a natureza jurídica do procedimento de investigação preliminar e a exigência de defensor técnico para a prática de seus atos de apuração. Seguidamente, delimitará quais atos investigativos reclamam, por imprescindível, a presença de defensor técnico. Ao fim, pretende-se delinear quais hipóteses a ausência de defensor implicará a inviabilidade da tramitação da investigação preliminar.

Metodologicamente, procederá à análise dos textos legais, além de objetivar uma leitura sistemática do ordenamento jurídico. Por meio de raciocínio dedutivo e abordagem jurídico-interpretativa, que decompõe um problema jurídico em diversos aspectos, relações e níveis[3], busca-se sugerir caminho interpretativo à solução do problema decorrente da ausência de defensor técnico para assistir o investigado nos casos previstos no art. 14-A do CPP (e, por extensão, no art. 16-A do CPPM).

2. A investigação preliminar e o exercício da ampla defesa

O exercício da ampla defesa no processo penal se projeta em, pelo menos, três dimensões distintas: o direito de audiência, o direito a um defensor técnico e a autodefesa. A ampla defesa, no processo penal, mais que um requisito formal de validade do próprio processo, é elemento intrínseco da cláusula do devido processo legal. Por isso, não se admite que ela seja exercitada de maneira decorativa ou figurativa. Exige-se ampla defesa *efetiva*, de modo a permitir que o acusado, normativamente amparado por uma série de prerrogativas normativas (a que a literatura estadunidense nomina de *privileges*), resista a imputação que o Estado (em regra) deduz contra si em processo judicial com observância de contraditório.

Os postulados do contraditório e da ampla defesa são elementos essenciais do processo penal e acidentais da investigação preliminar que antecede a imputação de uma acusação em juízo. A ampla defesa, em particular, quando se refere à exigência de defensor técnico, pode se apresentar antes ou no curso do processo. Se antes, repita-se, trata-se de possibilidade, e não obrigatoriedade a que se exija para que a apuração de fato criminoso seja válida.

A presença de defensor técnico, ademais, mostra-se presente no curso

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

3 GUSTÍN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca, (Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática, 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 28.

da própria persecução penal – investigação preliminar ou processo-crime – ou *fora* da persecução penal. Neste último caso, a referência se dá ao manejo de ações autônomas de impugnação, como o *habeas corpus*, cuja pretensão, se acolhida, pode vir a guardar consequências para a persecução penal (exclusão de provas reputadas como ilícitas, trancamento do processo etc.).

Rememorar essas lições se mostra necessário para se compreender a dimensão normativa da nova disposição legal positivada no art. 14-A do CPP. A exigência de citação do investigado (rectius, notificação) do investigado nos casos de apuração de fato envolvendo letalidade policial guarda estrita projeção com a ampla defesa.

O legislador, na previsão do art. 14-A do CPP (e, por extensão, do art. 16-A do CPPM), assegura sentido e alcance mais extenso à garantia da ampla defesa aos integrantes das forças de segurança pública nos casos de apuração de fato envolvendo letalidade policial. Trata-se de opção, conquanto criticável, lídima do legislador ordinário, no exercício de sua competência privativa para versar sobre Direito Processual Penal.

A leitura dos §§ 1º e 2º do já transcrito art. 14-A do CPP direciona a uma pergunta subsequente: a materialização da defesa técnica do investigado é tarefa de incumbência do próprio investigado ou passa a ser uma tarefa igualmente de responsabilidade da força policial (órgão de Estado) que o investigado integra?

3. O sentido da intimação da instituição a que pertence o investigado

O legislador estabeleceu, como já visto, o direito do investigado ser notificado da existência de procedimento apuratório preliminar do fato referente a letalidade policial. Uma vez cientificado da existência do procedimento, o investigado disporá de 48 horas para constituir um defensor técnico, contadas da efetivação da comunicação.

A presença de defensor técnico na fase investigatória é facultativa. A previsão do § 1º do art. 14-A do CPP não tem o condão de alterar o entendimento já consolidado, inclusive no Supremo Tribunal Federal, sobre o (não) alcance da ampla defesa na fase de investigação preliminar:

> Inaplicabilidade da garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa ao inquérito policial, que não é processo, porque não destinado a decidir litígio algum, ainda que na esfera administrativa; existência, não obstante, de direitos

> fundamentais do indiciado no curso do inquérito, entre os quais o de fazer-se assistir por advogado, o de não se incriminar e o de manter-se em silêncio.4

Essa compreensão não foi alterada pelo enunciado normativo trazido pela Lei nº 13.964/2019.

Há, verdadeiramente, uma norma de reforço, que mais uma vez contempla a maior extensão do sentido da ampla defesa incidente aos agentes das forças de segurança pública nas apurações de letalidade policial. É que, na ausência de indicação de defensor técnico pelo investigado, o legislador impôs que essa ausência seja comunicada à instituição a que o investigado seja vinculado, nos termos do já transcrito § 2º do art. 14-A do CPP.

Isso implica questionar, então, se a instituição de vinculação do investigado passou a tomar, para si, o dever de providenciar defensor técnico ao investigado. A resposta é afirmativa, mas é preciso que tal compreensão seja dimensionada em relação aos efeitos que essa exigência trará para o regime de legalidade estrita da investigação preliminar.

Com efeito, na ausência de indicação de defensor técnico ao investigado pelo próprio investigado, incumbirá à sua instituição de vínculo indicar um defensor técnico para patrocínio desse agente das forças de segurança pública. Isso é claro, por força do § 2º do art. 14-A do CPP.

No entanto, na ausência de indicação de defensor técnico, impede-se a tramitação da investigação preliminar? Essa pergunta há de ser respondida à luz de um questionamento inevitável: quais os atos de apuração para cuja realização a presença de defensor se torne imprescindível?

4. A presença de defensor técnico para atos de investigação

Se a investigação preliminar não observa, como regra, a exigência de defensor técnico, dado que a ampla defesa é elemento acidental do procedimento preparatório, em rigor, não há qualquer óbice a que a investigação preliminar siga seu regular curso na ausência de defensor técnico para o investigado nominado nas situações do art. 14-A do CPP.

No entanto, tal compreensão, se tomada de maneira absoluta, implica-

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

4 STF, HC 82.354-8/PR, 1ª Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 10/8/2004. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79033. Acesso em 22/7/2020. Em sentido idêntico, cf. STF, RE 481.955 AgR/PR, 1ª Turma, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 10/5/2011. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=623407. Acesso em 22/7/2020.

ria o total esvaziamento do preceito trazido pela Lei nº 13.964/2019. Não há correção hermenêutica na indicação de que um novo enunciado normativo venha a ser inserido no ordenamento sem qualquer efeito jurídico. Cuida-se, em verdade, de compreender seu sentido e alcance, seu lídimo espaço de vigência e aplicação, e não alcançar compreensão que esvazie de sentido o novo enunciado.

Com isso em consideração, há de se buscar quais os atos investigatórios cuja realização reclama a presença do defensor técnico para sua efetiva atuação. A resposta é encontrável na Lei nº 8.906/1994 (Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil – EOAB), especialmente após as alterações por ela experimentadas pela Lei nº 13.245/2016.

O art. 7º, inciso XXI, do EAOB, estabelece que é prerrogativa legal do advogado "(...) assistir a seus clientes investigados durante a apuração de infrações, sob pena de nulidade absoluta do respectivo interrogatório ou depoimento e, subsequentemente, de todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente, podendo, inclusive, no curso da respectiva apuração (...) apresentar razões e quesitos".

No entanto, veja-se que esse dispositivo legal não tornou imprescindível a presença do defensor técnico nos atos de apuração preliminar. Verdadeiramente, ele preceitua a *impossibilidade* de se afastar a presença do advogado caso ele se apresente como defensor técnico do investigado. A autoridade responsável pelo apuratório, portanto, não pode *impedir* a presença (e participação) do defensor técnico quando ele se apresente juntamente com o investigado. Mas daí não se admite a intelecção de que toda e qualquer ato da investigação reclame, a partir das modificações empreendidas pela Lei nº 13.245/2016, a presença do defensor técnico como elemento essencial na apuração. Até porque, repita-se, a ampla defesa na fase investigatória é elemento acidental na investigação preliminar.

Essa disposição, pois, soma-se àquela prevista agora no art. 14-A do CPP. O investigado em fato noticiado de letalidade policial deverá constituir defensor técnico. Se não o fizer, sua instituição de origem lhe providenciará um defensor técnico. Mas isso não implica afirmar que toda e qualquer apuração de letalidade policial deverá contar necessariamente com a presença e a participação de defensor técnico. Não. Em rigor, se presente o defensor técnico do investigado, ele não poderá ser alijado, impedido ou afastado dos atos de apuração.

Tal compreensão é bem diferente daquela que, equivocadamente, faça supor o texto legislativo. Até porque o CPP não orienta a leitura da Constituição. É a Constituição que orienta a leitura do CPP – e essa estabelece como acidental a ampla defesa na fase de investigação preliminar. É certo que o investigado por letalidade policial, por disposição expressa do CPP, contará com

espectro mais amplo de observância da ampla defesa, consistente justamente no fato de se lhe facultar a indicação de defensor no curso da própria investigação, mas isso não implica que toda apuração seja, então, acompanhada por defensor técnico para que ela validamente apure o fato noticiado de letalidade policial.

Quando muito, poder-se-á indicar o único ato investigativo a que o legislador faz menção expressa a presença de defensor técnico.

Trata-se da previsão legal do interrogatório, tal como delineado no art. 185 do CPP: "O acusado que comparecer perante a autoridade judiciária, no curso do processo penal, será qualificado e interrogado na presença de seu defensor, constituído ou nomeado". E a menção expressa ao advogado só ocorre porque o regime legal do interrogatório judicial é o mesmo do regime do interrogatório no curso do inquérito policial, mudando o que deve ser mudado.

Diga-se que o CPPM traz norma de conteúdo aproximado, quando estabelece no § 1º do art. 306 o seguinte: "Se o acusado declarar que não tem defensor, o juiz dar-lhe-á um, para assistir ao interrogatório". No entanto, veja-se que o CPP diz expressamente que tal tarefa é incumbência do juiz.

No CPP, como dito, a disciplina legal do interrogatório em juízo é a mesma do interrogatório conduzido pela autoridade que preside a investigação preliminar. A peculiaridade é que, diante da compreensão da ampla defesa como elemento prescindível na fase da investigação preliminar, a ausência de defensor técnico na realização do interrogatório *no curso do investigação preliminar* não conduz à invalidade do ato. Não se pode impedir a presença e participação do defensor técnico que se faça presente ao ato – isso é claro –, mas isso não condiciona a realização do interrogatório à presença do defensor técnico.

Vale rememorar que interrogatório, no CPP, não é todo e qualquer ato de oitiva do investigado, mas o ato de colheita de declarações do investigado que figure como *indiciado*. Só há interrogatório, no sentido estrito do termo, quando a autoridade responsável procede à oitiva formalizada do indiciado – assim como só há interrogatório no processo quando o juiz procede à oitiva formalizada do acusado.

Desse modo, para que haja interrogatório no curso da investigação preliminar, exige-se que a investigado figure formalmente como indiciado – nesse caso, a autoridade responsável pela oitiva do investigado procederá de acordo com todas as formalidades e regras procedimentais descritas nos arts. 185-192 do CPP. O indiciamento é figura definida no art. 2º, § 6º, da Lei 12.830/2013.

Registre-se que o prévio indiciamento não é condição ou exigência a que se respeitem os direitos do investigado quando de sua oitiva pela autoridade que conduz o procedimento de investigação preliminar. O direito ao silêncio, não é demais rememorar, atende ao investigado independentemente da qua-

lidade que ostente quando ouvido pela autoridade. O compromisso de dizer e não calar a verdade é da testemunha, inclusive com sanção penal para a sua inobservância, mas não do investigado ou acusado. E isso independe de prévio indiciamento.

Ademais, não há imprescindibilidade de indiciamento para conclusão da investigação. Não há sequer imprescindibilidade de procedimento apuratório formalizado para o exercício do direito de ação penal pelo *dominus litis*. Exige-se, sim, que a ação se ampare em justa causa, mas esta não reclama necessariamente a sua formalização por meio de apuração formalizada.

Já o interrogatório, no CPPM, é nomenclatura reservada à oitiva do acusado em juízo. O CPPM não nomina como interrogatório a oitiva do indiciado realizada pelo encarregado. Logo, sequer se aventa como disposição legal obrigatória a presença do defensor técnico no momento de colheita de declarações do investigado. De qualquer modo, não é demais repetir: caso se apresente acompanhado de defensor técnico, não se permite óbice ou impeditivo à participação do advogado no ato de oitiva do investigado.

De todo modo, conquanto se entenda que a conclusão do procedimento administrativo de apuração preliminar (em regra, o inquérito policial) se dá com o cumprimento de todas as diligências inicialmente determinadas pela autoridade que a conduz, seu término verdadeiramente ocorre quando o titular da ação penal deduz manifestação conclusiva, para oferecer ação penal ou promover o arquivamento da investigação. Isso, decerto, por força da dicção do art. 16 do CPP.

Assim, a oitiva formal do investigado, conquanto medida recomendável porque hábil a *melhor* apurar o fato noticiado, não consiste em etapa ou procedimento necessário à apuração do fato noticiado como criminoso. A oitiva formal do investigado é tão prescindível quanto a própria existência prévia e formalizada do procedimento investigatório: mais relevantes são a apuração do fato e a base empírica sólida, que ampare ou o ajuizamento da ação penal ou a promoção de arquivamento da investigação pelo Ministério Público, dado que os casos de letalidade policial serão invariavelmente crimes de ação penal pública.

5. Considerações finais

A alteração promovida pela Lei nº 13.964/2019, para acrescentar o art. 14-A ao CPP e o art. 16-A ao CPPM, não modificou a compreensão de que a ampla defesa é elemento acidental à investigação preliminar que verse sobre notícia de fato criminoso envolvendo letalidade policial.

A ampla defesa do investigado pode ser exercitada no curso da investigação preliminar por meio da defesa técnica do investigado, que deverá ser

cientificado da existência de procedimento de investigação preliminar e, diante dessa comunicação, *poderá* indicar defensor técnico para acompanhar o curso do apuratório. Se o investigado não indicar defensor técnico no prazo de 48 horas contado da comunicação da existência do procedimento, sua instituição de vínculo deverá fazê-lo, de sorte que se assegure ao investigado, sempre e sempre, o exercício da ampla defesa, em sua dimensão de direito a defesa técnica, desde logo na fase de investigação preliminar.

No entanto, a presença de defensor técnico, a assistir o investigado, não se convola num impeditivo ou óbice à tramitação do apuratório. Ao revés, o enunciado normativo trazido pela alteração de 2019 assegura ao investigado – em situação de maior garantia que aquela assegurada aos investigados em geral – que saiba que há apuração em curso de fato noticiado de letalidade policial que o envolve e, querendo, que possa ele constituir defensor técnico para acompanhar o procedimento de investigação preliminar.

A dimensão adequada da norma de garantia, específica e dirigia aos integrantes das forças de segurança pública estabelecidas no art. 144 da Constituição, nas apurações de letalidade policial, não modifica o regime legal do procedimento de investigação preliminar. A necessária interpretação sistemática, que reclama a consideração do que se compreende sobre a dimensão da ampla defesa na Constituição Federal e dos dispositivos legais de igual hierarquia normativa do diploma legal de 2019, impõe que, na compreensão do regime de formalidades no curso do procedimento de investigação preliminar de letalidade policial, não se criem óbices ou amarras a sua tramitação e, espera-se, conclusão elucidativa do fato criminoso noticiado.

6. Referências

GUSTÍN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática.** 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência.** 8. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E OS LIMITES DA RENÚNCIA AOS DIREITOS E ÀS GARANTIAS FUNDAMENTAIS

Danni Sales[1]
Fernanda Marinela de Sousa Santos[2]

SUMÁRIO

RESUMO

Este artigo examina os limites da renúncia aos direitos e às garantias fundamentais. Afirma a inexistência, em abstrato, de coação nos acordos de não persecução, observando a autodeterminação e a dignidade da pessoa humana. Enfrenta a problemática das abreviações de rito e o devido processo legal na justiça negocial penal. Nega ofensa ao direito ao silêncio e nemo tenetur nos acordos de não persecução.

PALAVRAS-CHAVE: acordo; não persecução; direitos fundamentais.

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

1 Mestre em Ciências Criminais pela Faculdade de Direito de Lisboa, membro do Ministério Público do Estado de Goiás (MP-GO) e membro auxiliar da Unidade Nacional de Capacitação do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP).

2 Advogada, conselheira no Conselho Nacional do Ministério Público, conselheira Federal da Ordem dos Advogado do Brasil (OAB) de Alagoas, presidente da Unidade Nacional de Capacitação do Ministério Público, coordenadora de Comunicação da OAB Nacional, presidente de honra da Comissão Nacional da Mulher, presidente e membro-fundadora do Instituto Cultural para Difusão do Conhecimento Jurídico (INJUR), professora de Direito Administrativo do G7 Jurídico.

1. Introdução

Aos 23 de janeiro de 2020 entrou em vigor a Lei nº 13.964 (Lei Anticrime)[3], de 24 de dezembro de 2019, ampliando as margens de consenso no processo penal brasileiro. Alguns críticos logo se insurgiram quanto a diretriz normativa, advertindo que o negócio penal, nos moldes propostos pelo “pacote anticrime”, representaria risco de violação a princípios basilares do processo penal constitucional. Uma das críticas incide sobre a exigência de confissão formal e circunstanciada da prática da infração penal, para gozo do benefício premial, contido no artigo 28-A do Código de Processo Penal – Acordo de não persecução penal.

O direito ao silêncio, cuja origem deita raízes na Idade Média e no início da Renascença, é a versão nacional do privilégio contra a autoincriminação (*against self-incrimination*) do direito anglo-americano[4], que surgiu como forma de reação ao procedimento inquisitório que transformava o arguido em instrumento de sua própria condenação. A legislação brasileira outorga especial força ao direito de ficar calado, na medida em que impede, inclusive, que o julgador forme convencimento em prejuízo do réu por força do exercício do silêncio.[5] Tanto o direito ao silêncio como à não autoincriminação estão incindivelmente ligados. Subtraindo do réu o direito ao silêncio, ele estaria obrigado a pronunciar-se revelando, por vezes, informações aptas a sua autoincriminação.

Nem a lei processual, muito menos a Constituição Federal brasileira[6], consagram, diretamente, o direito ao *nemo tenetur*. Situação semelhante se

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

3 BRASIL. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Presidência da República, Secretaria-Geral, Subchefia para Assuntos Jurídicos. Brasília, DF, 2019.

4 Segundo o U.S Constitution Amendment 5 – Trial and Punishment, Compensation for Takings: “[...] nor shall any person be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation”.

5 Beccaria, nos idos de 1764, já se debatia contra a exigência de juramento de verdade no julgamento do réu, afirmando que “[...] uma contradição entre as leis e o sentimento natural dos homens nasce dos juramentos que se exigiam dos réus, para que seja um homem veraz, quando seu maior interesse é mentir; como se o homem pudesse jurar, com sinceridade, contribuir com a própria destruição; como se a religião não se calasse, na maioria dos homens; quando fala o interesse.” BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. São Paulo: Martin Claret, 2001. p. 78.

6 A Constituição brasileira acolhe com carga normativa os tratados e as convenções internacionais sobre direitos humanos. O Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992, firma a adesão do Brasil ao Pacto de São José da Costa Rica, o qual, no artigo 8°, II, alínea g, disciplina como garantia judicial a prerrogativa de investigado “não ser obrigado a depor contra si mesmo, nem a declarar-se culpado”.

registra no ordenamento alemão e português. Para Fernandes[7], foi sensível a evolução da doutrina brasileira no sentido de extrair da cláusula da ampla defesa e de outros preceitos constitucionais, como o da presunção de inocência e o direito ao silêncio[8], o princípio de que ninguém é obrigado a se autoincriminar, não podendo o suspeito ser forçado a produzir prova contra si mesmo.

A doutrina e a jurisprudência europeias, no entanto, são consensuais em afirmar o assento constitucional do princípio do *nemo tenetur*, tido como constitucional não escrito.[9] O fundamento do *nemo tenetur* está enraizado na perspectiva de respeito à dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III, da Constituição Federal de 1988), o que outorga ao acusado a condição de sujeito de direito no processo, e não de objeto de investigação.[10]

Diante disso, um dos objetivos deste artigo é apreciar a constitucionalidade de se exigir a confissão do réu, para gozo do prêmio no acordo de não persecução penal. Haveria violação ao *nemo tenetur*? De fato, a matriz principiológica desse princípio impede que o Estado obrigue o investigado a produzir prova contra si mesmo. Perceba que a legislação nunca proibiu, e nem poderia proibir, que o réu produzisse, voluntariamente, prova contra si mesmo. O que se veda é que um investigado seja coartado a fornecer dados aptos a colaborar com sua própria inculpação.

O acordo de não persecução penal visa outorgar celeridade e efetividade à prestação jurisdicional, com a concessão de políticas premiais. Busca-se evitar o desgaste da instrução criminal. Com a confissão, evitamos aquele contraditório amplo, no qual se fixava os debates sobre a culpabilidade do réu. Souza[11] constata que a confissão produz dois efeitos práticos:

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

7 FERNANDES, Antonio Scarance. Processo penal constitucional. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 303-304.

8 Cf. artigo 5º, LXIII, da Constituição Federal: “O preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado [...]”. BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, 1988.

9 Dias, Andrade e Pinto, em uma concepção processualista do tema, entendem que o direito ao silêncio e à não autoincriminação teriam fonte jurídico-constitucional nas garantias processuais reconhecidas ao arguido no texto constitucional, designadamente no princípio da presunção de inocência (artigo 5º, LVII, da Constituição Federal de 1988), que asseguram um processo penal equitativo. DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa; PINTO, Frederico de Lacerda da Costa. Supervisão, direito ao silêncio e legalidade da prova. Coimbra: Almedina, 2009. p. 38.

10 DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa; PINTO, Frederico de Lacerda da Costa. Supervisão, direito ao silêncio e legalidade da prova. Coimbra: Almedina, 2009. p. 40-41.

11 Acordo de não persecução penal previsto no novo art. 28-A do Código de Processo Penal, inserido pela Lei nº 13.964/2019. SOUZA, Renee do Ó (org.). Lei anticrime: comentários à lei nº 13.964/2019. Belo Horizonte: D’Plácido, 2020. p. 121-136.

> a) impede que um acordo de não persecução seja celebrado por pessoa cujas provas não indicam ou convirjam para sua participação no delito; b) produz, no confitente, um novo *mindset* de efeito psíquico de arrependimento pela prática da infração penal, sentimento apto a produzir uma mudança de atitude e comportamento que parte da ideia de que, para corrigir um erro, é necessário que o responsável o admita, o que aumenta seu senso de responsabilidade e comprometimento com o ato, atributos que reforçam a confiança no cumprimento integral do acordo de não persecução.

Nos acordos de não persecução, o investigado abdica do silêncio, em confissão, na busca do benefício premial. A confissão, no acordo de não persecução, não se presta a produzir qualquer efeito sobre a culpabilidade do investigado, uma vez que não temos sentença penal condenatória. As medidas e condições fixadas para gozo do benefício premial não têm natureza jurídica de pena, razão pela qual reforça-se a inexistência de violação ao direito ao silêncio e ao *nemo tenetur.*

2. Renúncia a direitos e garantias individuais

Ao optar pelos acordos de não persecução, estaria o investigado abdicando de algumas garantias constitucionalmente contempladas em nossa Carta Magna? Pode um indivíduo renunciar aos direitos e às garantias individuais, como o contraditório, a ampla defesa, o silêncio e etc.?[12]

Não há consenso entre os diversos autores quanto ao que se deve enten-

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

12 Sobretudo, dos preceitos constitucionais, é possível extrair alguns indícios úteis. O artigo 5º, XI, da Carta Magna, por exemplo, levanta hipótese expressa de admissão de limitação à garantia fundamental de inviolabilidade do domicílio, possibilitando a renúncia mediante consentimento do morador. Percebe-se que o consentimento do morador, muito antes de implicar em renúncia à garantia fundamental, indica reafirmação do valor constitucional concernente à intangibilidade do domicílio. Ao consentir, expressamente, o adentrar no asilo inviolável, o cidadão reforça a sua liberalidade de usufruto de sua propriedade, reafirmando os atributos de gozo. Advirto que esse enunciado constitucional não é indicativo patente de que haja uma opção, expressa e implícita, pela renunciabilidade de direitos e garantias constitucionais na ordem brasileira. Obs.: "Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]". BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, 1988.

der por renúncia a direitos constitucionais na esfera penal. Novais[13] conceitua renúncia como

> [...] enfraquecimento voluntário de uma posição jurídica individual protegida por uma norma de direito fundamental, determinada por uma declaração de vontade do titular que o vinculou juridicamente a aceitar o correspondente alargamento da margem de actuação da entidade pública [ou privada] face às pretensões que decorriam daquela posição.

A renúncia a um direito fundamental nem sempre se traduz em sua aniquilação, mas sim na restrição da sua amplitude existencial. Miranda[14] identifica como características dos direitos fundamentais sua inalienabilidade, imprescritibilidade e irrenunciabilidade, pelo que ninguém poderia ceder ou abdicar da sua titularidade, e adverte que isso não significa "[...] que os titulares não possam ou não devam aceitar a sua restrição; ou que não possam, por sua vontade, suspender o exercício de alguns desses direitos".

Canotilho[15] propõe a irrenunciabilidade do núcleo substancial do direito (que seria constitucionalmente proibido) e contempla a possibilidade de limitação voluntária ao exercício (o que entende ser aceitável em certas condições). Sua definição nos conduz à distinção entre renúncia ao direito fundamental e a mera limitação voluntária ao exercício de alguns direitos. O investigado que renuncia a 'dilação processual', dentro de uma prática negocial penal, o faz porque espera obter um benefício com o ato de renúncia, benefício esse que considera ser mais valioso do que a preservação do direito fundamental em si mesmo (devido processo legal alargado).

Para gozar do prêmio, o investigado se submete a um nítido enfraquecimento das posições individuais de direitos.[16] Resta saber se essa afetação, em enfraquecimento, é constitucional na ordem brasileira. A doutrina[17], em des-

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

13 NOVAIS, Jorge Reis. Renúncia a direitos fundamentais. In: MIRANDA, Jorge (org.). Perspectivas constitucionais – nos 20 anos da Constituição. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p. 285.

14 MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional. Tomo IV, 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 384-385.

15 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Almedina, 2007. p. 464.

16 MAC CRORIE, Benedita. Os limites da renúncia a direitos fundamentais nas relações entre particulares. Coimbra: Almedina, 2013. p. 27.

17 NOVAIS, Jorge Reis. Renúncia a direitos fundamentais. In: MIRANDA, Jorge (org.). Perspectivas constitucionais – nos 20 anos da Constituição. Coimbra: Coimbra

forço, distingue renúncia, perda e não exercício de direitos fundamentais. Em síntese, na renúncia teríamos um compromisso jurídico de não recorrer ao seu direito fundamental, ou seja, há uma vinculação deste em não exercitar algumas faculdades que integram seu direito. A perda não se trata de uma decisão voluntária, mas sim de uma imposição externa e uma consequência imposta pela ordem jurídica. Preceitua Crorie[18] que, "[...] enquanto o enfraquecimento do direito é desejado na renúncia, nos casos de perda já não o será, ou, pelo menos, já não depende da vontade dos sujeitos".

Quanto às hipóteses de não exercício, trata-se de uma posição adotada sem vinculação do titular do direito, ou seja, a ordem jurídica lhe permite exercer ou não uma faculdade. Ao não exercer, cria-se uma situação de fato, sem que exista uma manifestação abdicativa do direito. Na prática, isso implica a possibilidade de exercitar o gozo positivo do direito a qualquer momento, desde que não tenha havido uma preclusão consumativa.

A adesão ao acordo de não persecução corresponde a uma opção do réu e da defesa técnica ao 'não exercício' do contraditório amplo. Sobretudo, fica a incômoda sensação de que, ao não exercer o direito, o réu acaba por renunciar a algumas prerrogativas constitucionais, como a do direito de permanecer calado. Não longe, podemos ver que haverá a perda de direito, como, por exemplo, o de produzir prova judicial apta a abalizar tese defensiva.

Poderia o réu abdicar da instrução e, subsequentemente, do direito de ser julgado? Até que ponto o devido processo legal tradicional, com sentença penal calcada em vasta dilação probatória judicializada, deixa de ser uma garantia do 'homem' para ser uma garantia 'dos Homens' (sociedade)? O paternalismo estatal deve defender o acusado 'de si mesmo'[19], protegendo, por conseguinte, a aplicabilidade da norma constitucional, vedando os acordos de não persecução?

Não decorre das normas de direitos fundamentais, em princípio, o dever de proteger bens jurídicos contra o próprio titular do direito[20], ou seja, contra aquele a quem o direito fundamental atribui o poder de disposição sobre tais

---

Editora, 1996. p. 273-274, 291, 333.

18 MAC CRORIE, Benedita. Os limites da renúncia a direitos fundamentais nas relações entre particulares. Coimbra: Almedina, 2013. p. 32-33.

19 John Stuart Mill adverte sobre o alargamento indevido dos poderes da sociedade sobre o indivíduo. MILL, John Stuart. Sobre a liberdade. Trad. Isabel Cerqueira. Mem Martins: Publicações Europa América, 1997. p. 20-21.

20 Deve-se evitar ceder "[...] a tentação de um paternalismo jurídico em que se transfere para sociedade o encargo de defender os titulares dos direitos contra as suas próprias vontades condutas". MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. Constituição Portuguesa anotada. Tomo I. Coimbra: Editora Coimbra, 2005. p. 263.

bens jurídicos.[21] O titular do direito, contemplado pela ordem constitucional, é quem melhor compreende a premência de sua exercitabilidade. A perspectiva individual do réu suplanta as aspirações do Estado quando o tema é direitos e garantias individuais.

Importante ressaltar que o Tribunal Europeu de Direitos Humanos aceita a hipótese de renúncia (e seu não exercício) sempre que isso comportar determinada vantagem ou benefício ao seu titular[22], assim, não existe qualquer proibição de que o acusado não utilize seus direitos processualmente garantidos.[23] Sobretudo, a compreensão das garantias constitucionais deve ser contemplada à luz da dignidade da pessoa humana, que representa o fundamento para a prossecução de todas as finalidades constitucionais do processo penal.

2.1 Autodeterminação e dignidade da pessoa humana nos acordos de não persecução

O parâmetro orientador de aplicação das garantias fundamentais é a dignidade da pessoa, critério unificador de todos os direitos do homem. A dignidade é um valor constitucional que ilumina todo o ordenamento, orientando, especialmente, a atividade consensual penal, atuando, ao mesmo tempo, como piso protetivo mínimo e norte a ser seguido.

Os direitos fundamentais, em geral, estabelecem direitos aos titulares e, na contramão, obrigações ao Estado e a terceiros. Não parece correta a noção de que o indivíduo teria o dever/a obrigação de exercitar um direito fundamental em desfavor de seu interesse pessoal. Ao abdicar da instrução processual para se ver inserido em uma política premial penal, o investigado restringe alguns de seus direitos e suas garantias individuais na perspectiva de alcançar a “reprimenda” mínima. Nesse sentido, a renúncia ao contraditório amplo em submissão às medidas fixadas no acordo de não persecução é também uma forma de exercício do direito fundamental.

Temos, na política premial, a maximização de um direito fundamental (liberdade), na perspectiva de que “[...] o acordo de não persecução penal não impõe penas, mas somente estabelece direitos e obrigações de natureza negocial e as medidas acordadas voluntariamente pelas partes não produzirão

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

21 MAC CRORIE, Benedita. Os limites da renúncia a direitos fundamentais nas relações entre particulares. Coimbra: Almedina, 2013. p. 188.

22 DIAS, Jorge de Figueiredo. Acordo sobre a sentença em processo penal: o “fim” do Estado de Direito ou um novo “princípio”? Porto: Conselho Distrital do Porto, 2010. p. 27.

23 UNIÃO EUROPEIA, European Court of Human Rights. Grand Chamber. Case Hermi v. Italy (application nº 18114/02), p. 24-25.

quaisquer efeitos daí decorrentes, incluindo a reincidência".[24]

Nos acordos de não persecução o réu expressa sua autodeterminação, concebendo a renúncia ao contraditório amplo como opção mais vantajosa. O "réu" opta pelo prêmio, devidamente orientado por uma defesa técnica. A autodeterminação individual, decorrente do Estado de Direito, deve garantir ao indivíduo a prossecução dos fins e objetivos que entende corresponder aos 'melhores' para 'sua' defesa no plano processual penal. Nessa senda, o exercício ou a renúncia às garantias constitucionais deve ser contemplado pelo indivíduo, e não pela colônia.

Não há como discordar que, nos acordos de não persecução penal, há inequívoca restrição ao contraditório, limitando a produção de provas e aniquilando o direito ao silêncio. Sobretudo, se a adesão ao consenso for benéfica ao réu, não haverá óbices ao exercício da política premial. O réu é quem melhor poderá contemplar os benefícios e malefícios do acordo de não persecução. Valerá a vontade do acusado, manifestada por intermédio de seu defensor. Todavia, é importante verificar a voluntariedade do "consenso", visando evitar qualquer sorte de coação.

2.2 A ameaça de pena severa e a coação na aceitação do acordo

Ao aderir à via consensual, o réu abdica de alguns significativos predicados de uma ampla defesa. É indispensável que o titular do direito compreenda sua posição jurídica. Em um acordo de não persecução penal a renúncia reclama vontade "isenta de erro" e "inequívoca".[25] O ponto de fissura sobre a integralidade da voluntariedade reside em saber o quão 'livre' foi a adesão à política premial. Até que ponto o medo da pena implicaria pressão significativa capaz de causar a erosão da autodeterminação do investigado? É óbvio que o consenso não germinará onde houver qualquer sorte de coação ilegal. Podemos afirmar que a renúncia válida reclama dois requisitos especiais, quais sejam: a pessoalidade e a voluntariedade da adesão.

Antes de homologar o acordo, o magistrado deve dirigir-se ao réu certificando-se de que ele compreende a natureza de cada uma das imputações que lhe são dirigidas e as consequências penais a enfrentar. O magistrado é o guardião dos direitos e das garantias individuais e seu contanto direto com o

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

24 Enunciado nº 25 do Conselho Nacional do Procuradores Gerais de Justiça (CNPG).

25 ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. Coimbra: Almedina, 2008. p. 310; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Almedina, 2003. p. 464.

investigado assegura a pessoalidade do consentimento.

De fato, a maior crítica que se dirige ao acordo de não persecução é a de que ele é suscetível de constranger o acusado à assunção involuntária de culpa (confissão) ante o temor de ser submetido a uma pena severa.[26]

O poder coercitivo[27] do sistema penal é uma das principais preocupações norte-americanas na aplicação de uma barganha (*plea bargaining*). Lá a jurisprudência distingui a ameaça lícita da ilícita, visando auferir o caráter voluntário da declaração de culpa do arguido (*guilty plea*).[28]

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

26 Vinícius Gomes de Vasconcellos menciona "[...] estudo empírico realizado em conjunto por professoras de direito e de psicologia, publicado em 2013 nos seguintes termos: em resumo, foram executados testes voluntários para uma suposta pesquisa de lógica entre estudantes de uma universidade; durante a realização da prova, um estudante é acusado de trapaça (por ter copiado respostas alheias em tarefa individual), sabendo-se que nada assim havia acontecido; diante disso, o supervisor oferecia ao suposto acusado duas opções, reconhecer sua culpabilidade e não receber a gratificação pela realização voluntária do exame ou solicitar o envio do caso ao conselho de ética da universidade, que, em caso de condenação, advertiria o aluno e imporia sanção de comparecer a aulas de ética por um semestre. Dos 39 estudantes sabidamente inocentes, 22 aceitaram a proposta de barganha, ou seja, 56% dos acusados, que com certeza não haviam cometido o falsamente imputado, reconheceram a culpabilidade em troca de uma sanção menos grave." DERVAN; EDKINS, 2012, p. 28-33 apud VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. São Paulo: IBCCRIM, 2015. O cenário proposto por Vasconcellos não congrui com o contexto em que é efetivada a aplicação imediata de pena em acordos sobre sentença. Primeiro, porque no processo penal o arguido estará representado por defesa técnica, apta a contextualizar-lhe sobre a fragilidade das provas do acusador; segundo, porque existirá, no plano processual penal, uma base fática que autoriza a acusação (o que não é contemplado no experimento) e, por fim, no contexto processual penal haverá, na presidência do rito, um juiz togado, apto a proteger todas as garantias individuais do arguido, de modo que, enquanto no exemplo dado, o professor é o sujeito que confabula o engodo e exerce a pressão, no processo penal o juiz se mantém equidistante do problema e das partes, para poder dotar o réu de informações reais e verdadeiras, aptas a outorgar-lhe o direito de autodeterminação inteligente.

27 Um de seus maiores críticos, Langbein chega a traçar um curioso paralelo entre a plea bargaining e a prática europeia medieval da tortura nos procedimentos criminais. Ele relembra que, entre os séculos XIII e XVIII, diversas leis autorizavam o emprego judiciário da coerção física contra o acusado para dele extrair uma confissão de culpa. LANGBEIN, John H. Torture and plea bargaining. University of Chicago Law Review, v. 46, p. 3-22, 1978.

28 Paradigmático é o famoso estudo de Langbein. Nele, ensaia o autor estabelecer paralelismo entre a origem, a função e os elementos doutrinais do corpo de normas que regulava a tortura na Europa Continental entre os séculos XIII e XVIII e a atual plea bargaining estadunidense. Entre muitos outros pontos, o autor realça, nessa surpreendente abordagem, que tanto a regra da necessidade de duas testemunhas oculares do fato criminoso para obter a condenação do arguido (na Europa Medieval) como a extrema complexidade do julgamento por júri (nos EUA), consistindo, em si mesmas, garantias processuais contra condenações injustas, tornaram praticamente inoperantes os respectivos sistemas. E o resultado, em ambos os casos, ao invés de se traduzir numa espécie de "passo atrás" ou ao menos um "compasso de espera" para corretamente redefini-los, traduziu-se em uma "fuga para a frente", com a legitimação, respectivamente, da tortura e da plea bargaining, ambas visando uma declaração de culpa do arguido - hoc sensu,

Em Bordenkirsher *v.* Hayes[29], restou pacificado que o *prosecutor* não pode mentir (*bluff*). Ele tem de ter “causa provável” para acreditar que o arguido cometeu os crimes que são objetos da sua “ameaça”.[30] Nesse julgamento, a corte americana delimita uma linha divisória entre a sobrecarga de acusação (*overcharging*) e o blefe (*bluffing*). No blefe, a negociação é ilícita, porque não se assenta em elementos probatórios que a sustentem; na sobrecarga de acusação, o Ministério Público superestima a conduta do réu, inflacionando a peça acusatória em busca de um acordo sobre a sentença mais rigoroso.

Nesse caso, a promotoria simplesmente anuncia a ameaça de pena severa, supervalorizando o ilícito cometido. Interessante perceber que nas hipóteses de overcharging, muito embora haja nítida imposição de pressão ao réu pela deflagração de acusação inflacionada, a corte americana subentendeu que a ‘coação’ é lícita, porque assente em elementos probatórios reais.[31]

Quando o *prosecutor* norte-americano realiza o *overcharging* para convidar o réu ao *plea bargain*, os tribunais entendem que não há ilegalidade. Contudo, se a promotoria blefa quanto à existência de prova ou quanto à própria existência do crime, com o objetivo de coarctar o réu a aderir ao acordo sobre sentença, resta inquinado o acordo de nulidade ante a coação ilícita.

É importante observar que no *guilty plea*, norte-americano, a atuação do Magistrado somente se restringe a analisar se existe uma base fática para a acusação do Ministério Público.[32] No sistema norte-americano, o Ministério Público tem ampla discricionariedade, decidindo quando, como e por quais crimes o acusado ‘será’ ou não submetido à persecução penal. Poderá, inclusive, se recusar à negociação, já que ela não é assegurada constitucionalmente

---

a confissão dele – como modo singular de ultrapassar os referidos obstáculos. Tudo se explica, segundo aquele especialista em história do direito, porque “[...] existem limites intrínsecos para os níveis de complexidade e de garantias que mesmo um povo civilizado pode tolerar. Se se excedem tais limites, e a capacidade repressiva do sistema penal fica, por esse motivo, em perigo, o sistema responderá desenvolvendo subterfúgios que ultrapassam a lei formal.” LANGBEIN, John H. Torture and plea bargaining. University of Chicago Law Review, v. 46, p. 20, 1978.

29 Bordenkirsher v. Hayes 434 U.S. 357 (1978).

30 GOLDSTEIN, Abraham. The passive judiciary – prosecutorial discretion and the guilty plea. Baton Rouge & London: Lousiana State University Press, 1981. p. 38.

31 De acordo com Cabezudo Rodriguez, o critério apontado – da exigência de que a ameaça esteja suportada em material probatório – é também o que, na generalidade dos tribunais superiores, marca o terreno do admissível e do inadmissível no que diz respeito às ameaças cuja efetivação é susceptível de recair sobre outras pessoas (amigos, família etc.) que não o arguido. CABEZUDO RODRIGUEZ, Nicolás. El Ministério Público y la justicia negociada en los Estados Unidos de Norteamérica. Granada: Editorial Comares, 1996. p. 151.

32 ALVES, Paulo Vitor de Queirós. A validade da confissão nos acordos sobre a sentença em processo penal. 2012/2013. 31f. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais) – Faculdade de Direito, Universidade Lisboa, Lisboa, 2013.

a nenhum cidadão.

No Brasil, o acordo de não persecução (artigo 28-A) é ofertando, "não sendo caso de arquivamento". Percebe-se que é necessário apresentar, no corpo da proposta, a base fática sobre a qual se impõe a oferta do negócio penal[33], contextualizando a defesa sobre os exatos limites da imputação que recai sobre o investigado. Paralelo a esta peça formal, deverá ser apresentado ao defensor do réu o caderno probatório (inquérito policial ou cogenero), que evitará tanto o *overcharging*[34] quanto o blefe. Prova-se, assim, que há substrato probatório mínimo apto ao surgimento de uma ação penal.

Entendemos que deve ser regulamentada a obrigatoriedade de o Ministério Público apresentar à defesa a base fática que enseja o acordo de não persecução penal. Essa conduta outorgará transparência ao ato negocial, cientificando o réu sobre os limites da acusação que sobre ele se imporá, caso não seja entabulado o acordo. Ao apresentar a base fática, há uma tripla garantia: 1) ordenação limitadora do poder punitivo estatal; 2) proteção do réu, no sentido de evitar o *bluffing* e *overcharging*; e 3) escudo ao réu quanto ao efeito surpresa da acusação.[35]

O artigo 28-A, §4º, do Código de Processo Penal[36] reza que, "[...] para a homologação do acordo de não persecução penal, será realizada audiência na qual o juiz deverá verificar a sua voluntariedade, por meio da oitiva do investigado na presença do seu defensor, e sua legalidade". O magistrado antes de

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

33 No modelo norte-americano, a acusação é formulada após a ocorrência (ou não) de uma negociação satisfatória. Por fim, o acusado é submetido a um juízo preliminar, ou a uma audiência preliminar, em etapa denominada de acusação (arraigment), na qual será informado do inteiro teor dessa acusação, indictment, ou information, a que foi submetido, com os delitos de que está sendo acusado, devendo manifestar-se por uma dessas declarações: culpado (guilty), onde assume a responsabilidade pelo delito; inocente ou não culpado (not guilty), devendo ser submetido a julgamento. No nolo contendere ou no plea of non vult contendere ou plea of no contest, não contesta os termos da acusação e não declara sua inocência nem sua culpa, admitindo os fatos constantes da acusação, mas sem assumir a culpabilidade.

34 RODRIGUES GARCÍA, Nicolás. La justicia penal negociada – experiencias de derecho comparado. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 1997. p. 67-70.

35 Importante observar que, nos EUA, a Promotoria se preocupa com a maior ou menor consistência probatória do caso que tem em mãos, de forma que é nesse particular que ele assentará o grosso da respectiva reflexão, se disporá ou não à negociação. Desse modo, a substância das concessões que esteja disposto a fazer crescerá na medida inversamente proporcional à inconsistência das provas que possua; ou, dito de forma mais enxuta, nos 'casos fracos' (weak evidence cases) tenderá a ser 'generoso', nos 'casos fortes' (strong evidence cases ou ainda, no jargão judiciário, dead-bang ou slam-dunk) tenderá a conter essa generosidade. ALBERGARIA, Pedro Soares de. Plea bargaining – aproximação à justiça negociada nos EUA. Coimbra: Almedina, 2007. p. 66.

36 BRASIL. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Presidência da República, Secretaria-Geral, Subchefia para Assuntos Jurídicos, Brasília, DF, 2019.

homologar a prática negocial penal cientificará o réu das consequências legais inerentes à adesão, explicando as condições de gozo. Isso garantirá que o consenso seja não só livre, como consciente.[37] "Se o juiz considerar inadequadas, insuficientes ou abusivas as condições dispostas no acordo de não persecução penal, devolverá os autos ao Ministério Público para que seja reformulada a proposta de acordo, com concordância do investigado e seu defensor" (artigo 28-A, §5º).[38]

O magistrado vigia e garante que a aceitação do réu é livre. Preserva-se, assim, a autonomia do cidadão.[39] Se o juiz coarcta o réu a aderir ao acordo sobre sentença, realçando, por exemplo, a 'certeza quanto à autoria e à materialidade', há não só um prejulgamento da ação penal, como também nítida coação ao réu. Incumbe à defesa, em consenso livre, identificar se a adesão ao acordo representa perfeita congruência com os interesses do seu cliente.

O advogado é o representante dos interesses do acusado. Cada caso concreto será merecedor de um juízo de adequabilidade e conveniência. Não raro, o advogado, mesmo ciente da culpabilidade de seu cliente, optará pela instrução, confiante na fragilidade das provas da acusação, ou crente na força de sua defesa técnica, ou mesmo por vislumbrar a nulidade do arrimo probatório. Nessas hipóteses, poderá se recusar a aderir ao acordo sobre a sentença. É um ônus da defesa técnica interpretar os malefícios e os benefícios do acordo.

Existe uma nítida diferença entre coação e coerção ao réu à adesão ao acordo de não persecução penal. A coerção representa uma coação legítima e juridicamente disciplinada que força e obriga o violador da lei a proceder contrariamente à sua vontade. Por seu turno, a simples coação carrega, implicitamente, uma ideia de violência e constrangimento que nada possui de legitimidade, aliás, *contrario sensu*, viola a ordem jurídica. Destarte, no convite ao acordo de não persecução, há uma sorte de "coerção legítima do Estado", oriunda de regras democráticas estabelecidas pelo próprio ordenamento jurí-

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

37 "Finalmente, é ainda importante apurar se houve um esclarecimento devido, na medida em que as 'condições informais' podem ajudar a garantir a voluntariedade da renúncia. Aqui não se trata tanto da questão de saber se o consentimento é livre, mas sim esclarecido. Trata-se de aferir se foram criadas todas as condições 'para o indivíduo em causa dispor da informação necessária, de modo a decidir como pleno conhecimento de causa se pretende renunciar a um direito'". MAC CRORIE, Benedita. Os limites da renúncia a direitos fundamentais nas relações entre particulares. Almedina: Coimbra, 2013. p. 134.

38 BRASIL. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Presidência da República, Secretaria-Geral, Subchefia para Assuntos Jurídicos, Brasília, DF, 2019.

39 STURM, Gerd. Probleme eines Verzichts auf Grundrechte, p. 183-184 apud MAC CRORIE, Benedita. Os limites da renúncia a direitos fundamentais nas relações entre particulares. Almedina: Coimbra, 2013. p. 129.

dico. Concluindo, nos acordos sobre sentença, não há coação[40], mas sim coerção à confissão e submissão às medidas estabelecidas pelo Ministério Público. Assim, não podemos admitir que a mera possibilidade de condenação insinue a existência de vício de consentimento, na adesão ao acordo de não persecução penal.

3. Síntese conclusiva

Uma atividade 'premial' desenhada dentro do direito, delimitada com regras precisas, em que o eficientismo colabore para obtenção de funcionalidade, revela um modelo de 'negócio penal' que conspira a favor dos interesses do aspirante ao prêmio e, sobretudo, no interesse superior da coletividade.

Para vencer a burocracia e a morosidade de nosso sistema, devemos edificar propostas que respeitem a dignidade do ser humano. A compressão das garantias constitucionais deve ser contemplada à luz da dignidade da pessoa humana, que representa o fundamento para prossecução de todas as finalidades constitucionais do processo penal.

Não existe qualquer proibição normativa constitucional de que o acusado não utilize seus direitos processualmente garantidos.

Na atividade consensual, há inequívoca restrição ao contraditório, limitando a produção de prova e aniquilando o direito ao silêncio. Sobretudo, se a adesão ao consenso for benéfica ao réu, não haverá óbices ao exercício da política premial. O réu é quem melhor poderá contemplar os benefícios do acordo de não persecução. A ordem constitucional deve respeitar a autodeterminação do indivíduo.

Nos acordos sobre sentença, não há, portanto, coação, mas sim coerção para assunção de culpa na busca de uma política premial. A mera possibilidade de condenação à pena privativa de liberdade não insinua a existência de vício de consentimento na adesão ao acordo sobre a sentença.

O respeito à condição de sujeito processual do réu impede que o Estado obrigue o investigado a produzir prova contra si mesmo, a legislação nunca proibiu que o réu produzisse, voluntariamente, prova contra si mesmo, mas sim que fosse coartado a produzi-la. Assim, se o investigado produzir, espontânea e publicamente, prova apta a colaborar com sua inculpação, esta deverá

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

40 Não constitui constrangimento ilegal a exigência formulada pelo Ministério Público, ainda na fase investigativa, de que a delação seja confirmada em juízo para fins de produção de efeitos, até pelo fato de que decorre de consequência legal, na medida em que a colaboração deve acontecer nas duas etapas – investigativa e processual. Ademais, o benefício em tela exige, para a sua configuração, diversos outros requisitos, não apenas a delação, na medida em que ela não constitui direito subjetivo do arguido. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 35.484-RS, 2004/0067703-9 - Rel. e Voto p. 7.

ser valorada no processo, ante a sua inquestionável validade e previsibilidade pela norma processual substantiva.

Nesse sentido, não existe violação aos primados da presunção de inocência, silêncio ou *nemo tenetur* na imposição, ao réu, de confissão, para gozo dos acordos de não persecução. A defesa abdica do direito ao silêncio na busca do benefício, o qual concebe ser mais vantajoso, qual seja, o prêmio correspondente ao negócio penal.

4. Referências

ALBERGARIA, Pedro Soares de. Plea bargaining – aproximação à justiça negociada nos EUA. Coimbra: Almedina, 2007.

ALVES, Paulo Vitor de Queirós. A validade da confissão nos acordos sobre a sentença em processo penal. 2012/2013. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais) – Faculdade de Direito, Universidade Lisboa, Lisboa, 2013.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2008.

BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. São Paulo: Martin Claret, 2001.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Presidência da República [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 15 ago. 2020.

BRASIL. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Presidência da República, Secretaria-Geral, Subchefia para Assuntos Jurídicos, Brasília, DF, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm#art3. Acesso em 10 ago. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 35.484-RS, 2004/0067703-9 - Rel. e Voto. Disponível em: https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7194363/habeas-corpus-hc-35484-rs-2004-0067703-9-stj/relatorio-e-voto-12940141. Acesso em: 20 ago. 2020.

CABEZUDO RODRIGUEZ, Nicolás. El Ministério Público y la justicia negociada en los Estados Unidos de Norteamérica. Granada: Editorial Comares, 1996.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Almedina, 2007.

DIAS, Jorge de Figueiredo. Acordo sobre a sentença em processo penal: o "fim" do Estado de Direito ou um novo "princípio"? Porto: Conselho Distrital do Porto, 2010.

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa; PINTO, Frederico de Lacerda da Costa. Supervisão, direito ao silêncio e legalidade da prova. Coimbra: Almedina, 2009.

FERNANDES, Antônio Scarance. Processo penal constitucional. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GOLDSTEIN, Abraham. The passive judiciary – prosecutorial discretion and the guilty plea. Baton Rouge & London: Lousiana State University Press, 1981.

LANGBEIN, John H. Torture and plea bargaining. University of Chicago Law Review, v. 46, p. 3 e ss., 1978.

MAC CRORIE, Benedita. Os limites da renúncia a direitos fundamentais nas relações entre particulares. Almedina: Coimbra, 2013.

MILL, John Stuart. Sobre a liberdade. Trad. Isabel Cerqueira. Mem Martins: Publicações Europa América, 1997.

MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Tomo IV, 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. Constituição portuguesa anotada. Tomo I. Coimbra: Editora Coimbra, 2005.

NOVAIS, Jorge Reis. Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

NOVAIS, Jorge Reis. Renúncia a direitos fundamentais. In: MIRANDA, Jorge (org.). Perspectivas constitucionais – nos 20 anos da Constituição. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

RODRIGUES GARCÍA, Nicolás. La justicia penal negociada – experiências de derecho comparado. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 1997.

SOUZA, Renee do Ó (org.). Lei anticrime: comentários à lei 13.964/2019. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020.

VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. São Paulo: IBCCRIM, 2015.

Escrito aos 15 de agosto de 2020.

REFLEXÕES SOBRE REGIME JURÍDICO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CÍVEL

Eduardo Cambi[1]
Diogo de Araujo Lima[2]
Mariana Sartori Novak[3]

SUMÁRIO

RESUMO

O presente artigo situa-se no estudo de aspectos teóricos e práticos relativos ao Acordo de Não Persecução Cível, recentemente introduzido na Lei de Improbidade Administrativa, por meio do "Pacote Anticrime", que alterou o seu art. 17, §1º. O questionamento central reporta-se à lacuna deixada pelo legislador quanto aos aspectos procedimentais e materiais do acordo, considerando que os dispositivos que os disciplinavam foram vetados. Para que seja obtida tal resposta, o artigo reúne um conjunto de elementos teóricos, baseado no

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

1 Pós-Doutor em Direito pela Università degli Studi di Pavia (Itália). Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Professor da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP) e da Universidade Paranaense (UNIPAR). Promotor de Justiça no Paraná. Assessor da Procuradoria-Geral de Justiça. Coordenador da Escola Superior do Ministério Público do Paraná.

2 Mestrando em Direito Processual Civil e Cidadania na Universidade Paranaense. Especialista em Direito Tributário pelo IBET - Instituto Brasileiro de Estudos Tributários. Promotor de Justiça. Coordenador do Grupo Especializado na Proteção do Patrimônio Público e no Combate à Improbidade Administrativa (GEPATRIA) – Regional de Umuarama.

3 Mestranda em Direito Processual Civil e Cidadania na Universidade Paranaense. Pós-graduanda em Direito das Famílias e Sucessões pelo Damásio Educacional. Advogada.

método dedutivo, consubstanciado no exame de normas jurídicas, livros, artigos científicos e precedentes judiciais.

PALAVRAS-CHAVE: Patrimônio público; improbidade administrativa; consensualidade; regime jurídico e microssistema de combate à corrupção.

1. Introdução

O artigo 17, §1º, da Lei 8.429/1992, em sua redação originária, vedava a celebração de qualquer espécie de transação, acordo ou conciliação em ações de improbidade administrativa.

Por meio da Medida Provisória 703, de 2015, que revogou o § 1º do art. 17 da Lei 8.429/92, chegou-se a esboçar uma alteração desse panorama. Contudo, a referida MP não foi aprovada pelo Congresso Nacional em tempo hábil e perdeu sua eficácia, revigorando a vedação de acordos em demandas envolvendo improbidade administrativa.[4]

Ocorre que, mesmo durante a vigência da redação originária, grande parte da doutrina, jurisprudência e o próprio Conselho Nacional do Ministério Público, por meio da Resolução nº 179/2017, já contemplavam a hipótese de consensualidade no âmbito da Lei de Improbidade Administrativa, seja na esfera judicial ou extrajudicial.

Essa inexorável tendência já se fazia presente em diversos diplomas normativos tanto do Direito Penal, com a possibilidade de transação penal, de suspensão condicional do processo e de colaboração premiada, quanto do Direito Administrativo Sancionador, com o acordo de leniência,[5] a possibilidade de conciliação[6] e a mediação[7] em causas do Estado, a ausência de ajuizamento de execução fiscal de pequeno valor,[8] a realização de acordos ou transações em juízo pela Advocacia-Geral da União e pelos dirigentes máximos das empresas federais,[9] a possibilidade de compromisso – extrajudicial ou judicial

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

4 O texto estava sob análise da Comissão Mista encarregada de emitir parecer sobre a MP e não foi votado por falta de acordo. O referido parágrafo voltou a vigorar, assim, na data de 30 de maio de 2016, com o Ato declaratório nº 27, do presidente da Mesa do Congresso Nacional.

5 A Lei 12.529, de 30.11.2011 estabeleceu a possibilidade de celebração de acordo de leniência em relação às infrações à ordem econômica), ao passo que a Lei 12.846, de 01.08.2013, permitiu os acordos de leniência em atos contra a Administração Pública.

6 Art. 10, parágrafo único, da Lei 10.259/01 e art. 174 do Código de Processo Civil.

7 Art. 3º da Lei 13.140/15.

8 Art. 20 da Lei 10.522/02 e arts. 7º e 8º, ambos da Lei 12.514/11.

9 Art. 2º da Lei 9.469/97.

– para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público,[10] entre outras hipóteses.

A partir do dia 23 de janeiro de 2020, entrou em vigor o Pacote Anticrime (Lei nº 13.964/2019), que, alinhando-se com outras normas do chamado microssistema de proteção ao patrimônio público, suprimiu a vedação até então existente e passou a admitir expressamente a consensualidade no âmbito da improbidade administrativa por meio do Acordo de Não Persecução Cível (ANPC).

A despeito do mérito que a inovação representou na tutela do patrimônio público, o avanço poderia ter sido bem maior, não fosse o veto presidencial ao dispositivo que disciplinava os parâmetros procedimentais e materiais para celebração do acordo (art. 17-A da Lei nº 8.429/1992). A lacuna, é bem verdade, não impede a efetiva implementação do ANPC, cuja consecução pode ser dar por meio de construção hermenêutica, diálogo de fontes e de interpretação sistemática com outros institutos semelhantes. No entanto, dá azo a diversas questões que poderiam perfeitamente ser evitadas se houvesse uma regulamentação, ainda que mínima, sobre o tema.

Tal cenário vem suscitando intensos debates no âmbito acadêmico, doutrinário e jurisprudencial, do que redunda espaço propício para enfrentar a lacuna e tentar buscar no ordenamento jurídico algumas balizas que possam nortear os operadores do direito na consecução do ANPC, a fim de permitir maior segurança jurídica ao instituto e evitar o que alguns doutrinadores veem rotulando de “carnaval à brasileira”.[11]

Na tentativa de fornecer subsídios que possam contribuir com a temática, serão abordadas neste breve ensaio algumas questões como o contexto evolutivo do ordenamento jurídico que permeou a novel modificação legislativa, a ampliação dos espaços de consenso no âmbito do Direito então classificado de Público e, mais recentemente, do Direito Sancionador (penal e administrativo), aspectos gerais do ANPC, regime jurídico aplicável e determinados aspectos controvertidos.

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

10 Art. 26 da Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro – Decreto-lei 4.657/42.

11 Ao criticar a ausência de fixação, na Lei nº 8.429/92, sobre como se dará o chamado “acordo de não persecução civil” (§ 1º do artigo 17), Guilherme de Carvalho e Sérgio Ferraz obtemperam: “Infelizmente, na persistência de uma norma um tanto genérica e ainda imprecisa, submeter-se-ão os agentes acordantes a uma insegura margem interpretativa. Na prática, o carnaval está autorizado, o baile ocorrerá, mas as máscaras e fantasias serão variadas — conhecidas, quiçá, apenas no momento da festa. Eis aqui, na transação em improbidade administrativa, um verdadeiro Carnaval à brasileira!” (CARVALHO, Guilherme; FERRAZ, Sergio. A “nova” transação em improbidade: um Carnaval com várias fantasias. Revista Consultor Jurídico, 20 de fevereiro de 2020. Disponível em:<https://www.conjur.com.br/2020-fev-20/transacao-improbidade-carnaval-varias-fantasias> Acesso em: 17 jul. 2020).

Para tanto, será utilizado o método dedutivo, a partir do exame de normas jurídicas, livros, artigos científicos e precedentes judiciais.

2. A nova redação do art. 17º, §1º, da Lei nº 8.429/1992: tendência da consensualidade nos casos de improbidade administrativa

A partir de uma breve análise do contexto histórico e normativo subjacente à inovação legislativa, é possível construir balizas que poderão subsidiar a compreensão da matéria e, especialmente, auxiliar o intérprete na delimitação dos contornos do ANPC.

Antes de enfrentar a atual redação do dispositivo em questão, é fundamental, ainda que de forma sucinta, compreender as razões que justificavam a vedação até então existente.

A tradição jurídica brasileira foi arraigada por intensa publicização do direito, em detrimento do empoderamento do indivíduo.[12] As fontes do Direito eram restritas àquelas produzidas exclusivamente pelo Estado. Em matéria processual, esta característica era ainda mais intensa. O processo, nas palavras de João Paulo Lordelo Guimarães Tavares, era o espaço onde se exprimia a autoridade do Estado[13].

Esse cenário é bem simbolizado pelo sistema inquisitivo e pelo princípio da indisponibilidade da ação penal que vigoravam no processo penal.

No âmbito do Direito Administrativo, muitos eram os óbices que se colocavam para uma atuação consensual da Administração Pública. Entre os principais, destacam-se os princípios da indisponibilidade e da supremacia do interesse público, esta traduzida na ideia de que o interesse público está acima do privado e de quem quer que seja.[14] Daí advêm as chamadas *prerrogativas*

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

12 TAVARES, João Paulo Lordelo Guimarães. A aplicação do instituto da colaboração premiada nas ações de improbidade administrativa. Coletânea de artigos: avanços e desafios no combate à corrupção após 25 anos de vigência da Lei de Improbidade Administrativa. 5ª Câmara de Coordenação e Revisão, Criminal. Brasília: MPF, 2018. p. 31. Disponível em <http://intranet.mpf.mp.br/areas-tematicas/camaras/combate-a-corrupcao/publicacoes> Acesso em: 23 ago. 2020.

13 TAVARES, João Paulo Lordelo Guimarães. A aplicação do instituto da colaboração premiada nas ações de improbidade administrativa. Coletânea de artigos: avanços e desafios no combate à corrupção após 25 anos de vigência da Lei de Improbidade Administrativa. 5ª Câmara de Coordenação e Revisão Criminal. Brasília: MPF, 2018. p. 33. Disponível em <http://intranet.mpf.mp.br/areas-tematicas/camaras/combate-a-corrupcao/publicacoes>. Acesso em: 23 ago. 2020.

14 "[...] as pessoas administrativas não têm, portanto, disponibilidade sobre os interesses públicos confiados à sua guarda e realização" (LOPES, Paula Lino. Atuação administrativa consensual: acordo substitutivo envolvendo atos de improbidade administrativa. Revista de Processo, vol. 274, dezembro/2017, p. 383-407).

da Administração Pública, que confere ao gestor, entre outros, o poder-dever de aplicação de sanções e limitações de direitos individuais em prol da coletividade.

Outro fundamento impeditivo da consensualidade consistia no caráter indisponível do direito protegido (patrimônio público e moralidade administrativa), assim como a indisponibilidade dos interesses difusos, a respeito dos quais, por força do próprio art. 841 do Código Civil, não poderia mesmo haver qualquer tipo de transação.[15] No mesmo sentido, a redação do art. 447 do vetusto CPC/1973 (interpretado a contrario sensu), com a vedação a "acordos ou conciliação". Assim, a obrigatoriedade era a regra no Direito Sancionador, admitindo-se raras exceções que deveriam estar expressamente previstas em lei.[16]

Desse contexto deflui-se que a regra primitiva do art. 17, §1º, da Lei 8.429/92, nada mais era que um natural desdobramento do princípio da obrigatoriedade da ação civil pública, que, por sua vez, resultava das particularidades da legitimação extraordinária, na qual o titular do direito de ação não pode dispor do direito material (não há que se confundir legitimidade com titularidade).[17]

A essa mesma conclusão conduz o princípio da proporcionalidade a partir de sua vertente da vedação da proteção deficiente, na perspectiva de que eventual consenso no âmbito da improbidade administrativa poderia colocar em risco a tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa se tal hipótese fosse colocada como uma alternativa aos casos da Lei nº 8.429/1992.

Outro fundamento remete à aplicação dos critérios cronológico e especial em relação à aparente antinomia entre a Lei nº 8.429/1992, na redação originária do art. 17, §1º, e a Lei n° 7.347/1985, cujo art. 5º, §6º, permite a celebração de termo de ajustamento de conduta pelo Ministério Público e demais órgãos legitimados para propositura da ação civil pública. Como a Lei de Improbidade Administrativa (LIA), que previa a vedação ao acordo, era posterior e especial, prevalecia em relação à permissividade prevista na Lei de Ação Civil Pública.

Por fim, colocavam-se como óbices questões como a legitimidade do controle do acordo em casos de improbidade administrativa, a ausência de balizamento mínimo normativamente expresso para regulamentar esse tipo

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

15 ALVES, Rogério Pacheco; GARCIA, Emerson. Improbidade Administrativa. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 863.

16 ALVES, Rogério Pacheco. Improbidade administrativa. 2ª parte. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 914-916.

17 ALVES, Rogério Pacheco; GARCIA, Emerson. Improbidade Administrativa. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 869.

de negociação – lacuna que persiste até os dias atuais, embora isso, a nosso ver, seja incapaz de impedir a implementação do ANPC aos casos da LIA -,[18] e a insuficiência sancionadora, já que, diferentemente da lei penal, que prevê responsabilidade criminal ao colaborador premiado que, a pretexto de colaborar com a Justiça, faz imputações ou revelações falsas (art. 19 da Lei nº 12.850/2013), não há nenhuma consequência expressa em lei para tal hipótese em sede de improbidade administrativa.[19]

No entanto, mesmo durante a vigência da redação originária do multicitado §1º do artigo 17, doutrina e jurisprudência já acenavam pela viabilidade da solução consensual na LIA. As razões eram as mais variadas.

A utilização de instrumentos de consenso em matéria de direito sancionador nada mais era que uma consequência inevitável da evolução do Direito Administrativo e da própria Constituição Federal, que, ao adotar o Estado Democrático de Direito (art. 1º), contemplou implicitamente o princípio da consensualidade.

Gustavo Binenbojm alerta para o fato de que o reconhecimento da centralidade do sistema de direitos fundamentais instituídos pela Constituição da Federal de 1988 e a estrutura maleável dos princípios constitucionais inviabilizam a determinação *a priori* de uma regra de supremacia absoluta do coletivo sobre o individual[20]. O texto constitucional reconhece e tutela interesses privados e coletivos como metas ou diretrizes para a Administração Pública. Dessa forma, compete ao legislador e à Administração Pública o dever jurídico de ponderar os interesses em jogo, bem como buscar a sua efetivação até um grau máximo de otimização, no caso concreto, mediante o postulado da proporcionalidade.[21]

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

18 WANIS, Rodrigo Otávio Mazieiro. A defesa da sociedade contra os atos de improbidade administrativa: análise crítica e desafios para a atuação eficiente do Ministério Público. Coleção Direitos fundamentais e acesso à justiça no estado constitucional de direito em crise. Coord. Gregório Assagra de Almeida. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019. p. 173.

19 NEGRI, Moreira Rafael. A (Im)possibilidade de o Ministério Público Transacionar em Ação de Improbidade Administrativa. Artigo científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação Lato Sensu da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, 2016.

20 BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. Revista Direito Processual Geral. Rio de Janeiro, 2005, p 49-82 Apud LOPES, Paula Lino. Atuação administrativa consensual: acordo substitutivo envolvendo atos de improbidade administrativa. Revista de Processo, vol. 274, dezembro/2017, p. 383-407.

21 Diogo de Figueiredo Moreira Neto também defende a existência do princípio constitucional da consensualidade no Direito brasileiro, calcado: nos princípios fundamentais constitucionais expressos da cidadania, da dignidade da pessoa humana e o do valor da livre iniciativa (art. 1º da CR/88); no objetivo fundamental da República – de construção de uma sociedade livre (art. 3º, inciso II, da CR/88) e, ainda, no princípio

À luz de tal paradigma da atuação administrativa constitucional, o princípio da indisponibilidade do interesse público não seria obstáculo à consensualidade administrativa, na medida em que essa representaria mero instrumento para alcançar o interesse público no caso concreto, com os benefícios da maior eficiência e da legitimidade da ação administrativa.

Com efeito, ao adotar os métodos consensuais, o administrador não estaria dispondo do interesse público, e sim perseguindo-o por outro meio que não o ato administrativo unilateral e imperativo.[22]

Agrega-se a perspectiva do autorregramento com decorrência lógica do direito fundamental da liberdade[23], em ordem a permitir que a autonomia da vontade prevaleça em detrimento do paternalismo estatal regulador.

Por sua vez, o princípio da eficiência, inserido na Constituição Federal a partir da Emenda Constitucional 19/98, também converge para a consensualidade no âmbito da LIA, considerando que os instrumentos consensuais apresentam menor custo e são melhores aceitos e implementados, se comparados com a judicialização de ações de improbidade administrativa, cujo trâmite não raro perdura por mais de uma década.[24]

Para além disso, as objeções relativas à adoção de instrumentos de consenso no direito sancionador foram superadas pelo Direito Administrativo

---

relativo às relações internacionais, mas também aplicável às relações intranacionais – de solução pacífica dos conflitos (art. 4º, inciso VII, da CR/88) (Novos Institutos Consensuais da Ação Administrativa. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, nº 231, jan./mar. 2003, p. 129-156).

22 LOPES, Paula Lino. Atuação administrativa consensual: acordo substitutivo envolvendo atos de improbidade administrativa. Revista de Processo, vol. 274/2017, dezembro/2017, p. 383-407.

23 Como diz Fredie Didier, "No conteúdo eficacial do direito fundamental à liberdade está o direito ao autorregramento: o direito que todo sujeito tem de regular juridicamente os seus interesses, de poder definir o que reputa melhor ou mais adequado para a sua existência; o direito de regular a própria existência, de construir o próprio caminho e de fazer escolhas. Autonomia privada ou autorregramento da vontade é um dos pilares da liberdade e dimensão inafastável da dignidade da pessoa humana" (Curso de Direito Processual Civil. Vol. 1. 19ª. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 149).

24 Em 2015, intentando realizar diagnóstico acerca dos processos de Improbidade Administrativa, mormente quanto à sua tramitação, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) realizou pesquisa, na qual colheu dados de 132 processos, dos Tribunais de Justiça do Estado de São Paulo, Mato Grosso, Rio Grande do Norte, Pará, Tribunal Regional Federal da 4ª Região e Superior Tribunal de Justiça, onde se expôs que, nesse último, a média de tramitação (dentre a data do ajuizamento e do trânsito em julgado) é de 2.666,40 dias, ou seja, aproximadamente 7 (sete) anos. O resultado da média realizada entre todos os tribunais mencionados foi de 1.855,83 dias (aproximadamente 5 anos). BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. Lei de improbidade administrativa: obstáculos à plena efetividade do combate aos atos de improbidade. 1ª Edição Série Justiça Pesquisa. Coordenação Luiz Manoel Gomes Júnior, equipe Gregório Assagra de Almeida; et al. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/1ef013e1f4a64696eeb89f0fbf3c1597.pdf> Acesso em: 23 ago. 2020.

brasileiro por diversos textos legais, entre eles o da Lei 12.529, de 30.11.2011 (Acordo de leniência em relação às infrações à ordem econômica), da Lei 12.846, de 01.08.2013 (Acordos de leniência em atos contra a Administração Pública), da possibilidade de conciliação (art. 10, par. ún., da Lei 10.259/01 e art. 174 do CPC) e mediação (art. 3º da Lei 13.140/15) em causas do Estado, a ausência de ajuizamento de execução fiscal de pequeno valor (art. 20 da Lei 10.522/02 e arts. 7º e 8º, ambos da Lei 12.514/11), da realização de acordos ou transações em juízo pela Advocacia-Geral da União e pelos dirigentes máximos das empresas federais (art. 2º da Lei 9.469/97), da possibilidade de compromisso – extrajudicial ou judicial – para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público (art. 26 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – Decreto-lei 4.657/42), da possibilidade do "emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato [de concessão], inclusive a arbitragem" (art. 23-A da Lei n. 8.897/1995), entre outras hipóteses.

Nessa mesma linha, o CPC/2015, aplicável subsidiariamente ao procedimento especial da ação de improbidade por força do seu art. 318, parágrafo único, trouxe um novo paradigma de consensualidade, consubstanciado, especialmente, nos arts. 3º (incentivo conciliação, acordo, etc) e 190 (cláusula geral dos negócios processuais).

Esse panorama normativo constituiu o que se convencionou chamar de microssistema anticorrupção, comunicável às hipóteses de improbidade administrativa, por força da Teoria do Diálogo das Fontes, propugnada por Erik Jayme[25]. Na justificativa do Projeto de Lei 5.208/2016,[26] que propunha alterações no art. 17, § 1º, da Lei 8.429/92, já havia expressa menção à existência de um microssistema anticorrupção previsto em leis esparsas, decorrente de compromissos internacionais assumidos pelo País, que vinha gerando insegurança jurídica no tocante ao acordo de leniência.

O movimento pela consensualidade de algum tempo já era aplicado na seara penal, a exemplo da composição civil dos danos, da transação penal, da suspensão condicional do processo (arts. 74, 76 e 89, todos da Lei nº 9.099/95) e, em especial, da colaboração premiada, prevista, entre outros diplomas, na Lei nº 12.850/2013, que trata das organizações criminosas.

Se era assim, não havia lógica em se admitir a hipótese de solução consensual para sanções mais graves, como é o caso, v.g., dos delitos de corrupção

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

25 MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe. Manual de direito do consumidor. 2ª ed. São Paulo: RT, 2009. p. 90.

26 BRASIL, Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n° 5.208 de 10 de maio de 2016. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=F5E1D8BB266B0FA06B2B4BF7CDE0D808.proposicoesWebExterno2?codteor=1456182&filename=PL+5208/2016> Acesso em: 19 de ago de 2020.

e de organização criminosa, mas refutá-la para sanções civis advindas do mesmo fato, a despeito de mais brandas. Ora, como é notório, quem pode o mais, pode o menos *(in eo quod plus est semper inest et minus)*,[27] de modo que, se a consensualidade é admitida no Direito Penal, com mais razão, também deveria ser aplicada ao Direito Administrativo Sancionador. A manutenção desse cenário, portanto, implicaria nítida violação à unidade[28] e juridicidade do ordenamento jurídico.[29]

À necessidade de coerência e unidade, somava-se que o desvendamento de grandes casos de corrupção somente se deu, em larga medida, a partir da celebração dos acordos substitutivos com os infratores. Para viabilizar a celebração de acordos com os envolvidos nos atos de corrupção, fez-se imprescindível a celebração de acordo de leniência em improbidade administrativa[30], já que os interessados não queriam ver-se livres ou parcialmente imunes apenas em relação à responsabilidade penal.

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

27 A questão já foi enfrentada em acórdão do Supremo Tribunal Federal em hipótese envolvendo acordo de colaboração e na qual se firmou posição de que o ajuste faz nascer para o Estado, de maneira geral, o dever de honrar os compromissos assumidos: "os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança tornam indeclinável o dever estatal de honrar o compromisso assumido no acordo de colaboração, concedendo a sanção premial estipulada, legítima contraprestação ao adimplemento da obrigação por parte do colaborador." (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. HC 127.483. Plenário. Relator: Ministro Dias Toffoli. Sessão de 27/8/2015. Diário da Justiça, Brasília, DF, 4 fev. 2016).

28 A matéria, por semelhante razão, já foi abordada sob o viés de observância aos princípios da equidade e igualdade jurídica na Ação de Improbidade Administrativa n. 2006.50.01.009819-5113, que tramitou perante a Justiça Federal de Vitória/ES, julgada em março de 2010. Na oportunidade, aplicou-se a colaboração premiada no âmbito da improbidade administrativa aos réus Darci José Vedoin e Luiz Antônio Trevisan Vedoin. Segundo a Magistrada Federal, "a utilização da delação premiada, para fixação de sanção mínima, redução ou até afastamento de algumas das sanções, além de poder contribuir com as investigações e a instrução processual, mostra-se princípio de equidade e de igualdade jurídica, já que, em diversas outras situações legais, a renúncia ao direito constitucional de manter-se em silêncio converte-se em benefícios, com redução expressiva da sanção imposta".

29 Assim era o entendimento da 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal: "Tem-se, pois, admitido a celebração de acordos pelo Ministério Público Federal, no âmbito da improbidade administrativa, que envolvam a atenuação das sanções da Lei nº 8.429/1992, ou mesmo sua não aplicação, a fim de dar congruência ao microssistema de combate à corrupção e de defesa do patrimônio público e da probidade administrativa, que já contempla a possibilidade de realização de acordos de delação ou colaboração premiada no âmbito criminal. Não faria, mesmo, sentido, que o Ministério Público, titular da ação penal e da ação de improbidade, pudesse celebrar acordos em uma seara e não em outra." BRASÍLIA, Ministério Público Federal. 5ª Câmara de Coordenação e Revisão. Rel. Subprocuradora-Geral da República Mônica Nicida Garcia. Voto nº 9212/2016, no bojo do Inquérito Civil nº 1.30.001.001111/2014-42.

30 LOPES, Paula Lino. Atuação administrativa consensual: acordo substitutivo envolvendo atos de improbidade administrativa. Revista de Processo, vol. 274, dezembro/2017, p. 383-407.

Inevitável, pois, concluir que a anterior redação do § 1º do artigo 17 da LIA fora cunhada em época cuja conjuntura jurídica, política e social de combate aos atos ímprobos era completamente diversa da atual – abandono do dogma da impossibilidade absoluta de transação em demandas integradas pela Administração Pública, que tivessem por objeto direto ou indireto seu patrimônio[31].

Como forma de suprir essa omissão inconstitucional, o Conselho Nacional do Ministério Público fez editar a Resolução nº 179/17, cujo artigo 1º, §2º, passou a permitir expressamente a celebração de compromisso de ajustamento de conduta na esfera da improbidade administrativa.[32]

Antes mesmo de tal Resolução, a mesma diretriz era preconizada em atos anteriores do CNMP, como a Resolução nº 118/2014, que dispõe sobre a Política Nacional de Incentivo à Autocomposição no âmbito do Ministério Público, a Carta de Brasília/2016, que estabelece diretrizes para a atuação preventiva, e a Recomendação 54/2017, que trata da política nacional de fomento à atuação resolutiva do Ministério Público brasileiro.

A partir daí diversas unidades do Ministério Público disciplinaram a respeito da matéria. Por exemplo, o Conselho Superior do Ministério Público do Paraná, em 15.05.2017, expediu a Resolução 01/2017, que admitiu a celebração de composição, nas modalidades de compromisso de ajustamento de conduta e acordo de leniência, envolvendo as sanções cominadas aos atos de improbidade administrativa, definidos na Lei 8.429/1992 e aos atos praticados contra a Administração Pública, contidos na Lei 12.846/2013, no âmbito do MPPR.

Esse movimento não era uma exclusividade do Direito nacional. Em países de tradição jurídica da *common law,* especialmente nos Estados Unidos, onde impera o sistema adversarial, assume destaque o *plain bargain* (ou barganha da pena). Também é possível encontrar institutos semelhantes na Itália

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

31 MUDROVITCH, Rodrigo de Bittencourt; NÓBREGA, Guilherme Pupe da. Leniência e improbidade: a proposta trazida pelo PL 10.887/2018. Conjur. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-set-19/leniencias-questao-leniencia-improbidade--proposta-trazida-pl108872018#:~:text=Leni%C3%Aancia%20e%20improbidade%3A%20a%20propost%20trazida%20pelo%20PL%2010.887%2F2018,19%20de%20setembro&text=O%20artigo%2017%2 %20%C2%A7%201%C2%BA,de%20que%20trata%20o%20caput%E2%80%9D.&text=Esse%20movimento%2%20influenciado%20pelas%20t%C3%A9cnicas,consensual%20inauguradas%20pela%20Lei%20n.>. Acesso em: 18 de ago 2020.

32 “Art. 1º O compromisso de ajustamento de conduta é instrumento de garantia dos direitos e interesses difusos e coletivos, individuais homogêneos e outros direitos de cuja defesa está incumbido o Ministério Público, com natureza de negócio jurídico que tem por finalidade a adequação da conduta às exigências legais e constitucionais, com eficácia de título executivo extrajudicial a partir da celebração. (...) § 2º É cabível o compromisso de ajustamento de conduta nas hipóteses configuradoras de improbidade administrativa, sem prejuízo do ressarcimento ao erário e da aplicação de uma ou algumas das sanções previstas em lei, de acordo com a conduta ou ato praticado.”

(*pateggiamento sulla pena*), na Espanha (a *conformidade*) e na Alemanha (*Absprachen*).

Acrescentam-se alguns compromissos internacionais assumidos pelo País autorizando a autoridade administrativa a celebrar acordos com infratores, de que é exemplo a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção – CNUCC –, ratificada pelo Decreto Legislativo 348/2005 e promulgada pelo Decreto Presidencial 5.687/2006, conhecida por Convenção de Mérida,[33] e a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo), promulgada pelo Decreto n° 5.015, de 12 de março de 2004.

Observa-se que a importação da consensualidade para o âmbito da Lei de Improbidade Administrativa era algo inexorável e que, para encerrar de vez qualquer discussão, veio a ser explicitamente prevista em seu art. 17, §1º, da LIA.

Apesar do grande avanço que a inovação representou, o Pacote Anticrime (Lei 13.964/19), aprovado pelo Congresso Nacional, foi vetado parcialmente pelo Presidente da República. A regulamentação do ANPC, prevista no art. 17-A, foi justamente um dos pontos vetados.[34]

É bem verdade que o legislador perdeu uma grande oportunidade de disciplinar a matéria e, com isso, evitar uma série de discussões sobre o instituto. Não é menos certo, contudo, que a inconstitucional omissão normativa

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

33 Há outras duas convenções específicas sobre o tema, quais sejam: a) Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais: elaborada no âmbito da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômicos (OCDE) – ratificada pelo Decreto Legislativo 125/2000 e promulgada pelo Decreto Presidencial 3.678/2000; e b) Convenção Interamericana contra a Corrupção (CICC), elaborada pela Organização dos Estados Americanos (OEA) – ratificada pelo Decreto Legislativo 152/2002 e promulgada pelo Decreto Presidencial 4.410/2002. Cfr. NEVES, Daniel Amorim; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Manual de improbidade administrativa. São Paulo: Método, 2014. p. 24.

34 Eis a redação do art. 17-A: “O Ministério Público poderá, conforme as circunstâncias do caso concreto, celebrar acordo de não persecução cível, desde que, ao menos, advenham os seguintes resultados: I - o integral ressarcimento do dano; II - a reversão, à pessoa jurídica lesada, da vantagem indevida obtida, ainda que oriunda de agentes privados; III - o pagamento de multa de até 20% (vinte por cento) do valor do dano ou da vantagem auferida, atendendo a situação econômica do agente. § 1º Em qualquer caso, a celebração do acordo levará em conta a personalidade do agente, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do ato de improbidade, bem como as vantagens, para o interesse público, na rápida solução do caso. § 2º O acordo também poderá ser celebrado no curso de ação de improbidade. § 3º As negociações para a celebração do acordo ocorrerão entre o Ministério Público e o investigado ou demandado e o seu defensor. § 4º O acordo celebrado pelo órgão do Ministério Público com atribuição, no plano judicial ou extrajudicial, deve ser objeto de aprovação, no prazo de até 60 (sessenta) dias, pelo órgão competente para apreciar as promoções de arquivamento do inquérito civil. § 5º Cumprido o disposto no § 4º deste artigo, o acordo será encaminhado ao juízo competente para fins de homologação.”

não impede a efetiva implementação dos Acordos de Não Persecução Cível.

Necessário, pois, estabelecer algumas premissas básicas que permitam, mais adiante, aprofundar os estudos sobre discussões que permeiam tanto aspectos doutrinários quanto jurisprudenciais sobre o instituto, com o objetivo de formar um substrato normativo e jurídico mínimo capaz de balizar, no campo pragmático, a implementação do ANPC's aos casos de improbidade administrativa.

3. Aspectos gerais do Acordo de Não Persecução Cível

Pode-se compreender como ANPC:

> A possibilidade do legitimado à proposição da ação civil pública pela prática de ato de improbidade administrativa realizar um negócio jurídico com o autor do fato ímprobo, na fase da investigação ou mesmo após a formulação da pretensão acusatória (antes ou após o recebimento da petição inicial), destinado a imposição de uma ou algumas sanções previstas no art. 12 da Lei de Improbidade Administrativa. Em contrapartida, o autor do fato ímprobo não se submete ao processo, evitando todos os ônus dele advindos, entre os quais honorários de advogado, medidas assecuratórias patrimoniais, procrastinação do processo em decorrência da morosidade da justiça.[35]

Sob o ponto de vista da teoria do fato jurídico, concebe-se a natureza jurídica do ANPC como de um negócio jurídico bilateral e comutativo, cujo aperfeiçoamento opera com a manifestação de vontade de ambas as partes e com o estabelecimento de prestações certas e determinadas.

Renato de Lima Castro o considera como um negócio *sui generis,*[36] por entender que há reduzida liberdade das partes intervenientes no negócio, já que as sanções serão proporcionais à maior ou menor gravidade do injusto ímprobo.[37] De fato, o infrator não estará irrestritamente apto a negociar todo

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

35 CASTRO, Renato de Lima. Acordo de não persecução cível na Lei de Improbidade Administrativa. Artigo inédito.

36 CASTRO, Renato de Lima. Acordo de não persecução cível na Lei de Improbidade Administrativa. Artigo inédito.

37 Por outro lado, em ensaio específico sobre o projeto do Pacote Anticrime, Aury Lopes Jr., citando Schünemann, critica o suposto princípio de consenso, frequentemente invocado para legitimar o modelo negocial, taxando de "eufemismo", por trás do qual

o negócio jurídico, mas apenas parte dele. O mesmo ocorre em relação ao proponente do acordo, que não está livre para estabelecer as condições que bem lhe aprouver, estando o *Parquet* e a pessoa jurídica interessada adstritos aos princípios e normas que regem a suas respectivas atuações na defesa da probidade administrativa e do patrimônio público.[38] Tudo sem olvidar de observar, no tocante às sanções, a proporcionalidade em relação à gravidade do fato ímprobo.

O acordo também pode assumir feição de um negócio jurídico *processual*, nas situações em que ocorre a fixação de situações jurídicas processuais, como, por exemplo, quando o autor do fato ímprobo, renunciando ao direito ao silêncio, assume o compromisso de confessar e identificar os demais envolvidos na infração,[39] quando concorda com a redução de prazos legais, renuncia desde logo aos prazos recursais, entre outras situações.

Acerca da legitimidade para celebração do acordo parece não remanescer maiores dúvidas: são os mesmos que a detém para propositura da ação de improbidade administrativa, ou seja, Ministério Público e a pessoa jurídica interessada (art. 16 da Lei nº 8.429/1992). Voltaremos a essa temática, quando enfrentarmos a questão da legitimidade concorrente e disjuntiva, da necessidade da aquiescência de ambos legitimados para celebração do acordo e como proceder em caso de divergências.

A celebração pode ocorrer tanto extra, como judicialmente. Se celebrado extrajudicialmente, evita a judicialização da ação civil pública de improbidade administrativa. Já, quando ele é realizado na fase judicial, determina a resolução do processo com julgamento de mérito (art. 487, inc. III, "b", CPC/2015). Em ambas as situações, havendo a homologação judicial, o acordo possui efi-

---

se ocultaria uma sujeição do acusado à medida de pena pretendida pelo acusador, enquanto resultado mínimo, de quem é colocado em posição de submissão através de forte pressão por parte da Justiça criminal sobre o acusado. É uma ficção, desde o ponto de vista prático, conclui. Não existe consenso ou voluntariedade, porque não existe igualdade de partes/armas. Existe uma submissão do réu a partir de uma visão de redução de danos (para evitar o "risco" do processo). Existe semelhança com um "contrato de adesão", onde não há liberdade plena e real igualdade para negociar, apenas de aceitar o que lhe é imposto (Adoção do plea bargaining no projeto "anticrime": remédio ou veneno? Conjur, 22 de fev. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-fev-22/limite-penal-adocao-plea-bargaining-projeto-anticrimeremedio-ou-veneno> Acesso em 14 de ago de 2020).

38 No caso do Ministério Público, a Constituição Federal de 1988, a Lei nº 8.625/1993, a LC 75/1993, etc.

39 Entre os elementos que os acordos de não persecução cível devem conter, o art. 5º, inciso VI, da Resolução 1.193/2020 do MP/SP, que disciplinou o acordo após o Pacote Anticrime, estabelece: "prever o compromisso de, quando for o caso, colaborar amplamente com as investigações, promovendo a identificação de outros agentes, partícipes, beneficiários, localização de bens e valores e produção de outras provas, durante o curso do inquérito civil ou do processo judicial".

cácia de título executivo judicial (art. 515, inc. II, do CPC/2015).

Importante realçar que, em razão da independência de instâncias, a celebração do acordo não afasta responsabilização administrativa e penal pelo mesmo fato (art. 1º, §3º, da Resolução nº 179/17 – CNMP). Tampouco importa reconhecimento automático de responsabilidade para fins diversos dos que foram estabelecidos, expressamente, no acordo.

Nada impede, no entanto, que exista um diálogo entre as esferas penal, administrativa e cível em ordem a autorizar que o ajuste se estenda para além dos limites da improbidade administrativa.[40] É necessário, porém, nesse caso, uma reunião entre os colegitimados na "negociação", no sentido de que participem do acordo de não persecução cível e, via de consequência, firmem o Termo de Ajuste de Conduta em conjunto, vinculando-os aos termos do acordo compromissado.[41]

Feitas tais digressões iniciais, sobre as quais não remanescem maiores dissensos, passemos a fazer um breve esboço de uma proposta de regime jurídico aplicável ao ANPC.

4. Reflexões sobre o regime jurídico aplicável aos Acordos de Não Persecução Cível

O Pacote Anticrime permitiu a celebração do ANPC. Porém, não disciplinou o procedimento, nem os respectivos requisitos materiais, tal como ocorreu com o art. 28-A do Código de Processo Penal, que trata do acordo de não persecução penal (ANPP).

O art. 4º do Decreto-lei 4.657/42 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro) estabelece que, quando "a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito". É preciso, então, recorrer a outros diplomas normativos para buscar os contornos do ANPC.

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

40 Essa atuação coordenada entre órgãos de um mesmo Ministério Público já havia sido externada em caso da Operação "Lava Jato", pela 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, no inquérito civil 1.30.001.001111/2014-42. Na ocasião, restou consignado: "A atuação integrada – senão concentrada no mesmo órgão, como propugnado por esta Câmara de Coordenação e Revisão, ao demandar de todas as unidades a criação dos Núcleos de Combate à Corrupção – pode garantir que os acordos interessem e sejam aproveitados tanto em uma esfera quando noutra, evitando o risco de eventuais contradições e incompatibilidades, que possam representar risco à segurança jurídica." (BRASÍLIA, 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal. Voto 9212/2016, inquérito civil 1.30.001.001111/2014-42, rel. Procuradora Mônica Nicida Garcia. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/IC1.30.001.001111.201442_Reduzido.pdf. Acesso em 16 de ago de 2020).

41 CASTRO, Renato de Lima. Acordo de não persecução cível na Lei de Improbidade Administrativa. Artigo inédito.

Nesse sentido, a partir de uma revisão doutrinária e jurisprudencial sobre a temática, exsurgem ao menos três posicionamentos acerca de qual norma deve reger o acordo de não persecução cível.

A primeira orientação remete às regras legais e infralegais que disciplinam o regime jurídico do termo de ajustamento de conduta.[42] Entre elas, o art. 5º, §6º, da Lei nº 7.347/85, e a Resolução nº 179/17 do Conselho Nacional do Ministério Público, que o regulamentou em seu art. 1º, §2º, com a possibilidade de aplicação de suas regras à improbidade administrativa.

Afora as normas que disciplinam o termo de ajustamento de conduta, mas ainda nesse contexto, é possível valer-se igualmente de eventual ato infralegal editado pelos Ministérios Públicos Estaduais ou da União que, no exercício do poder regulamentador que lhes cabe em relação à norma geral estabelecida pelo CNMP, disponha sobre o acordo de não persecução cível. De fato, diante da ausência de regulamentação, nada impede que Ministérios Públicos Estaduais e da União editem ato infralegal com parâmetros procedimentais e materiais sobre o acordo, a exemplo do Ministério Público do Estado de São Paulo, que regulamentou os elementos do ANPC por meio da Resolução nº 1.193/2020, em cujo art. 5º especificou os requisitos a serem observados.[43]

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

42 CAMBI, Eduardo; SOBREIRO NETO, Armando Antonio. Improbidade administrativa eleitoral: notas sobre o acordo de não persecução cível celebrado pelo Ministério Público. Artigo inédito; TAVARES, Pedro Tenório Soares Vieira; NETTO, Estácio Luiz Gama de Lima. Pacote anticrime – as modificações no sistema de justiça criminal brasileiro. E-book, 2020.

43 "Art. 5º – O instrumento que formalizar o acordo deverá conter obrigatoriamente os seguintes itens, inseridos separadamente: I – Identificação do pactuante agente público ou terceiro que, não sendo agente público, induziu ou concorreu para a prática do ato ou dele se beneficiou direta ou indiretamente; II – Descrição da conduta ilícita, com todas as suas circunstâncias, em especial suas condições de tempo e local; III – Subsunção da conduta ilícita imputada à específica previsão legal de modalidade de ato de improbidade administrativa; IV – Quantificação e extensão do dano e dos valores acrescidos ilicitamente, quando houver; V – Assunção por parte do pactuante da responsabilidade pelo ato ilícito praticado; VI – Compromisso, quando for o caso, de colaborar amplamente com as investigações, promovendo a identificação de outros agentes, partícipes, beneficiários, localização de bens e valores e produção de outras provas, durante o curso do inquérito civil ou do processo judicial; VII – Dever de reparação integral do dano atualizado monetariamente, acrescido de juros legais e perdimento de bens e valores acrescidos ilicitamente; VIII – Previsão de aplicação de duas ou mais medidas sancionatórias na hipótese de ato previsto no art. 9º ou uma ou mais medidas na hipótese de atos previstos nos arts. 10 e 11 da Lei n. 8.429/92, observados os limites máximos e mínimos legais, sem prejuízo do disposto no inciso anterior; IX – Estipulação de cláusula específica de aplicação de multa diária ou outra espécie de cominação que se mostre adequada e suficiente para o caso de descumprimento das obrigações assumidas; X – Previsão de que a eventual resolução, perda de efeito ou rescisão do acordo, por responsabilidade do compromissário, não implicará a invalidação da prova por ele fornecida ou dela derivada; XI – Especificação, se for o caso, de tantos bens quanto bastem para a garantia do cumprimento das obrigações assumidas, os quais permanecerão indisponíveis; e XII – Advertência de que a eficácia do acordo extrajudicial estará condicionada a sua homologação pelo Conselho Superior do Ministério Público".

Um segundo posicionamento seria recorrer ao microssistema anticorrupção e, por meio da Teoria do Diálogo das Fontes, buscar uma solução coordenada entre as fontes normativas que permita uma aplicação que potencialize ao máximo a efetividade da proteção do bem jurídico tutelado, qual seja, o patrimônio público e a moralidade administrativa.[44]

Nesse passo, o art. 28-A do Código de Processo Penal, que trata do ANPP, desponta como uma das primeiras fontes aptas a contribuir para colmatação dessa lacuna. Além da própria terminologia comum para designar soluções negociadas em diferentes instâncias de responsabilização - o que indica que o legislador, aparentemente, pretendeu estabelecer um paralelo entre os institutos -, o diálogo entre os microssistemas penal e administrativo sancionador contribui para uma resolução coordenada, pois

> [...] um dos fundamentos desse diálogo não é apenas porque os microssistemas possuem confluências que os aproximam, mas, fundamentalmente, porque, via de regra, a proximidade decorre do fato ilícito comum a partir dos quais consequências sancionatórias destes microssistemas advém – fato de corrupção pública.[45]

Sendo a corrupção um ilícito multifacetário,[46] que gera consequências penais, civis e administrativas, seria, nessa ótica, viável transportar, guardadas as devidas proporções, os critérios exigidos para celebração do ANPP, para o instituto do ANPC. Afinal tanto as sanções penais, quanto as da Lei de Improbidade Administrativa, integram o chamado Direito Sancionador, que, em última análise, lida com restrições de bens e/ou direitos para tutela de interesses

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

44 Como explica Cláudia Lima Marques, ao tratar do direito do consumidor, “Erik Jayme, em seu Curso Geral de Haia de 1995, ensinava que, em face do atual ‘pluralismo pós-moderno’ de um direito com fontes legislativas plúrimas, ressurge a necessidade de coordenação entre as leis no mesmo ordenamento (...). O uso da expressão do mestre, ‘diálogo das fontes’, é uma tentativa de expressar a necessidade de uma aplicação coerente das leis de direito privado, coexistentes no sistema. É a denominada ‘coerência derivada ou restaurada’ (cohérence dérivée ou restaurée), que, em um momento posterior à descodificação, à tópica e à microrrecodificação, procura uma eficiência não só hierárquica, mas funcional do sistema plural e complexo de nosso direito contemporâneo, a evitar a ‘antinomia’, a ‘incompatibilidade’ ou a ‘não coerência.” (MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe. Manual de direito do consumidor. 2ª ed. São Paulo: RT, 2009. p. 90).

45 CASTRO, Renato de Lima. Acordo de não persecução cível na Lei de Improbidade Administrativa. Artigo inédito.

46 CASTRO, Renato de Lima. Colaboração Premiada e Improbidade Administrativa. Revista do Ministério Público/Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, nº 66, out/dez. 2017. Disponível:<http://www.mprj.mp.br/documents/20184/1246489/Renato_de_Lima_Castro.pdf> Acesso em: 19 de ago de 2020.

públicos fundamentais.[47]

Outro ponto comum é que, seja no acordo de não persecução penal, seja no cível, a celebração não está condicionada a nenhum proveito para a investigação; basta a mera confissão. Esta, aliás, é uma das principais notas distintivas do ANPP em relação aos institutos de direito premial,[48] para os quais não basta a mera confissão. É preciso ir além e colaborar efetivamente com os órgãos de investigação, trazendo resultados úteis e eficazes em termos investigatórios.

O transporte da exigência da confissão para o ANPC, consoante leciona Landolfo Andrade[49], encontra fundamento na própria racionalidade do sistema jurídico, pois não abonaria o raciocínio lógico sustentar que um agente público que fraudar uma licitação poderá celebrar um acordo de não persecução cível na esfera da improbidade administrativa, pela prática de ato lesivo ao erário (art. 10, VIII, da LIA), independentemente de confissão, mas, na esfera criminal, esse mesmo agente somente poder celebrar um acordo de não persecução penal, pela prática do mesmo fato, se confessar sua participação no ilícito (artigo 89 da Lei 8.666/1996). Haveria aí uma verdadeira contradição axiológica, um defeito de lógica legislativa, no plano deontológico.[50]

Dessa forma, partindo de tal premissa, aplicar-se-ia o artigo 28-A do Código de Processo Penal naquilo que for compatível com a natureza do ato de improbidade administrativa. Por exemplo, a exigência de reparação do dano ou a restituição da coisa à vítima, presente no art. 28-A do CPP, seria cabível apenas e tão somente à hipótese de improbidade administrativa que causa dano ao erário, capitulada no art. 10, *caput*, e seus incisos, da Lei nº 8.429/1992, mas não naquelas especificadas em seus arts. 9º e 11, cujo ilícito não envolve diretamente a produção de dano ao erário.[51]

Por último, o terceiro posicionamento entende cabível utilizar a Lei

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

47 CASTRO, Renato de Lima. Acordo de não persecução cível na Lei de Improbidade Administrativa. Artigo inédito.

48 Como exemplos de institutos de direito premial, citam-se os acordos de leniência celebrados com os autores de atos lesivos à administração Pública (Lei 12.846/2013) ou ofensivos à ordem econômica (Lei 12.529/2011), e os acordos de colaboração premiada, celebrados com os integrantes de organização criminosa (Lei 12.850/2013).

49 ANDRADE, Landolfo. Acordo de não persecução cível: primeiras reflexões. Gen Jurídico. Publicado em 05/03/2020. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2020/03/05/acordo-de-nao-persecucao-civel/>. Acesso em 17 de ago. de 2020.

50 GARCIA, Emerson. A consensualidade no direito sancionador brasileiro: potencial de incidência no âmbito da Lei nº 8.429/1992. Revista Síntese: Direito Administrativo, vol. 12, nº 141, set./2017, Edição Especial, p. 542-595.

51 Cfr. CASTRO, Renato de Lima. Acordo de não persecução cível na Lei de Improbidade Administrativa. Artigo inédito.

12.846/2013,[52] a chamada Lei Anticorrupção Empresarial, cujo artigo 16 e respectivos parágrafos estabelecem parâmetros e condições para a celebração do acordo de leniência, que poderiam ser complementados, no que couberem, pelas disposições da Lei 12.529/2011 (Lei do CADE), da Lei 12.850/2013 (colaboração premiada) e por convenções internacionais adotadas pelo Brasil.[53]

Voltaríamos aqui aos mesmos argumentos e fundamentos invocados no tópico anterior, quando expusemos o cenário precedente ao da atual redação permissiva do art. 17, §1º, da Lei de Improbidade Administrativa.

O fundamento que ampara tal orientação reside essencialmente no fato de que as disposições da Lei nº 12.846/2013 compõem um microssistema sancionatório de combate à corrupção e defesa do patrimônio público e probidade administrativa, cujas normas, por versarem sobre responsabilização civil-administrativa, mais se aproximam do contexto subjacente à Lei de Improbidade Administrativa.

As opiniões doutrinárias até então levantadas aparentemente divergem entre si. No entanto, o que se percebe é que elas se autocomplementam.

Não se pode perder de vista, antes de mais nada, que o termo de ajustamento de conduta se trata de instrumento jurídico afeto à tutela de direitos e interesses difusos e coletivos, individuais homogêneos de outros direitos de cuja defesa está incumbido o Ministério Público e que tem por finalidade a "[…] adequação da conduta às exigências legais e constitucionais, com eficácia de título executivo extrajudicial a partir da celebração", a teor do art. 1º da Resolução n.º 179/2017 do CNMP.[54] Como o próprio §1º desse dispositivo preceitua,

> Não sendo o titular dos direitos concretizados no compromisso de ajustamento de conduta, não pode o órgão do Ministério Público fazer concessões que impliquem renúncia aos direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, cingindo-se a negociação à interpretação do direito para o caso concreto, à especificação das

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

52 Nesse sentido, entre outros: GAJARDONI, Luiz Fernando "et al", Comentários à Lei de Improbidade Administrativa. 4ª Edição. São Paulo: RT, 2020.

53 BRASÍLIA. 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal. Voto 9212/2016, inquérito civil 1.30.001.001111/2014-42, rel. Procuradora Mônica Nicida Garcia. Disponível:<http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/IC1.30.001.001111.201442_Reduzido.pdf.> Acesso em 16 de ago de 2020.

54 CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, Resolução n.º 179/2017, de 26 de julho 2017. Disciplina a tomada do compromisso de ajustamento de conduta no âmbito do Ministério Público. Brasília-DF. Disponível em: https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-179.pdf>. Acesso em 23 ago. 2020.

> obrigações adequadas e necessárias, em especial o modo, tempo e lugar de cumprimento, bem como à mitigação, à compensação e à indenização dos danos que não possam ser recuperados.

Deflui-se, daí, que o termo de ajustamento de conduta (TAC) é o instrumento adequado a veicular obrigações de fazer, não fazer, de dar (conteplando-se nessa a de pagar quantia certa[55]). Trazendo essa perspectiva para o ANPC, parece-nos inadequado cogitar do TAC (na acepção técnica do instituto) para estabelecer sanções como suspensão dos direitos políticos e perda da função pública. É bem verdade que poderiam ser traduzidas em cláusulas de obrigação de fazer (ex.: o compromissário obriga-se a exonerar-se do cargo), mas, ainda assim, o posicionamento não se alteraria, ante a inadequação do TAC para veicular sanções outras da LIA que não as meramente pecuniárias, sob pena de extrapolar o próprio conceito legal e dogmático do instrumento.

Em linhas gerais, portanto, e mantendo coerência técnica com o instituto, conclui-se possível tomar de empréstimo o regime jurídico do TAC para os casos de improbidade administrativa que envolvam obrigações de fazer (ex.: adotar alguma política de *compliance* no âmbito da gestão pública), de não fazer (ex.: abster de contratar servidores temporários para determinada área) e de dar, traduzida, não raro, em sanções de caráter pecuniário (ex.: multa, ressarcimento ao erário, perda dos bens acrescidos ilicitamente, etc).

Tal hipótese teria lugar em casos de improbidade de baixa gravidade,[56] assim considerados como aqueles cujas consequências não desbordem do plano da improbidade administrativa (ex.: publicidade que viola o princípio da impessoalidade), ou mesmo que gerem repercussão na esfera penal que se limite a infrações de natureza leve, compreendidas como aquelas que admitem composição civil, transação penal e suspensão condicional do processo (arts. 74, 76 e 89, *caput*, da Lei nº

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

55 Orlando Gomes considera as dívidas em dinheiro como prestações especiais referentes à obrigação de dar, constituindo objeto de dívida pecuniária, de indenização e de interesses (Obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 55).

56 A respeito da valoração da conduta do agente ímprobo para fins de imposição de sanção, é oportuno citar Fábio Osório Medina:"Para a reprovação de uma conduta, interessa não só a vontade na ação, mas também seus efeitos [...]. Deve-se ter em conta a finalidade protetiva da norma, assim como a vontade do autor. Um olhar aos atos de improbidade – atos ilícitos em geral – põe de ar manifesto que o conteúdo do modelo de conduta proibida não vem dado exclusivamente pela lesão ou pela exposição a perigo (uma espécie de lesão formal), do objeto do tipo, mas também pelo modo e forma da realização do fato, a estrutura formal da transgressão. Essa dinâmica é aberta, e permite amplos espaços de valoração por parte do intérprete, em busca do juízo fundamentado de censura. Semelhante panorama releva que a ação ou omissão ilícitas devem submeter-se a um juízo de desvalor ético-normativo, redundando na configuração do suporte para incidência da norma tipificatória da improbidade" (Teoria da Improbidade Administrativa: má gestão pública, corrupção e ineficiência. São Paulo: RT, 2007. p. 286).

9.099/95, respectivamente). Pode-se dizer que seriam, essencialmente, as hipóteses do art. 11, *caput*, da LIA.

Cumpre salientar que tal parâmetro decorre de uma interpretação analógica das regras do acordo de não persecução penal, previstas no art. 28-A do CPP, cujo §2º, inciso I impede a proposta de ANPP quando cabível a transação penal de competência dos Juizados Especiais, e, ao mesmo tempo, de uma interpretação sistemática da legislação penal extravagante, especialmente das normas que tratam do instituto despenalizador do *sursis* processual. Neste último caso, a inovação implementada pelo "Pacote Anticrime" permite uma releitura da classificação de crimes quanto ao potencial lesivo, pois se, antes, consideravam-se infrações de médio potencial ofensivo aquelas que admitiam suspensão condicional do processo, que tem entre seus requisitos a exigência de pena mínima igual ou inferior a 1 (um) ano, agora, com a possibilidade de ANPP para delitos sancionados com até 4 (quatro) anos, deixaram de sê-lo, deslocando-se a classificação ao nível anterior da escala de gravidade pautada no potencial ofensivo do crime.

Agrega-se o fato de que tais institutos despenalizadores advêm de uma matriz comum do sistema de consenso processual penal americano, o *nolo contendere,* que tem como essência a "[...] declaração de que não será contestada a acusação, sem que haja, com isto, o reconhecimento de culpa do acusado, em que pese a possibilidade de aplicação de pena privativa de liberdade também",[57] cenário que se coaduna com o contexto normativo do TAC, cuja celebração, como visto, não se condiciona ao reconhecimento de culpa e confissão do agente ímprobo.

Tal conjectura presta-se apenas como diretriz ao operador do direito mercê do absoluto vazio normativo em que se situa a questão, mas não despreza a necessidade de submeter o resultado da interpretação do caso concreto a um juízo de desvalor ético-normativo à luz das finalidades que permeiam a Lei 8.429/1992, a fim de identificar se realmente os fatos ímprobos e o regramento jurídico aplicável para aquele nível de valoração se mostram adequados para o caso concreto.

Diferentemente, em se tratando de fatos ímprobos de média gravidade, assim considerados como aqueles a partir dos quais possam advir sanções da Lei de Improbidade Administrativa e também penais, mas, neste caso, restrito as hipóteses que admitem proposta de ANPP (pena mínima inferior a 4 anos, ausência de violência ou grave ameaça, etc), parece-nos adequado tomar de empréstimo as regras do art. 28-A do CPP para os casos do art. 17, §1º, da LIA. O exemplo mais emblemático dessa hipótese remete ao delito de corrupção passiva, capitulado no art. 317 do Código Penal, que igualmente pode configurar ato de improbidade administrativa que gera enriquecimento ilícito (art. 9º, I, da LIA).

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

57 BRANDALISE, Rodrigo da Silva. Justiça penal negociada. Negociação de sentença criminal e princípios processuais penais relevantes. Curitiba: Juruá, 2016.

Essa proposta evita a ilogicidade jurídica a que alude Landolfo Andrade[58], quando menciona a exigência da confissão para fins de acordo de não persecução penal, mas não para o de persecução cível.

Além disso, não há como negar que a mera previsão de sanções da Lei 8.429/1992, desacompanhada de qualquer reconhecimento de culpa do agente – como é o que ocorre na simples celebração de TAC -, colocaria em risco princípios e regras dos mais comezinhos da Constituição Federal, especialmente os da proteção ao patrimônio público e da proporcionalidade, em seu viés da vedação da proteção deficiente.

A exigência de confissão, frise-se, advém da própria origem do instituto cuja solução se toma de empréstimo. Logo, se é para fazer um paralelo entre ANPP e ANPC, é preciso minimamente preservar sua gênese.

O modelo de consensualidade no âmbito do direito penal sancionador já é aplicado de longa data por diversos países, especialmente nos países de tradição jurídica do *common law*, máxime no processo penal americano. Também é possível, como fora anteriormente referido, encontrar institutos semelhantes na Itália (*pateggiamento sulla pena*),[59] na Espanha (*a conformidade*)[60] e na Alemanha (*Abs-*

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

58 ANDRADE, Landolfo. Acordo de não persecução cível: primeiras reflexões. Publicado em 05/03/2020. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2020/03/05/acordo-de-nao-persecucao-civel/>. Acesso em 17 de ago. de 2020.

59 Sobre o sistema italiano, leciona Brandalise, que nele também "[…] as partes pedem a aplicação de uma sanção substitutiva ou de uma pena pecuniária, com as diminuições cabíveis. Também é possível a aplicação de uma pena detentiva, também reduzida, quando não superar os 5 anos (art. 444 e seguintes do CPP italiano, de maneira sucinta). Por força de uma decisão exarada pela Corte Constitucional italiana (Sentença 313 de 1990), o juiz deve aferir a adequação da pena imposta (14) e da qualificação jurídica dos fatos – acusação já proposta, portanto -, além da voluntariedade e consciência do acusado (situações que também estão previstas no Projeto (15)). Aliás, de ser dito que, no direito italiano, o Ministério Público é obrigado a propor a ação penal, nos termos do art. 112 da Constituição de lá." (O acordo penal: plea bargaining e outros comentários iniciais, publicado site CONAMP, em 8 de fev. 2019. Disponível em: <O acordo penal: plea bargaining e outros comentários iniciais>Acesso em 15 ago 2020). Em complemento, Aury Lopes Junior, adiciona: "Na Itália, cujo modelo civil law é similar ao brasileiro e que sempre serviu de orientação doutrinária, jurisprudencial e legislativa, o patteggiamento sulla pena (artigo 444 e seguintes, CPP italiano) é uma negociação entre acusado e MP, que não permite negociação sobre a imputação (correlação) e que tem um limite demarcado: com a redução de 1/3, a pena não pode superar 5 anos. Esse é um limite muito próximo e que orientou a redação do artigo 283 do projeto de CPP que tramita atualmente" (Adoção do plea bargaining no projeto "anticrime": remédio ou veneno? Conjur, 22 de fev. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-fev-22/limite-penal-adocao-plea-bargaining-projeto-anticrimeremedio-ou-veneno> Acesso em 14 de ago de 2020).

60 De acordo com Aury Lopes Junior, na Espanha, a Ley de Enjuiciamiento Criminal prevê o instituto da conformidad nos artigos 695 e seguintes e depois nos artigos 787 e 801, onde o acusado se conforma com a pena pedida pelo Ministério Público, abreviando assim o procedimento e aceitando a imputação, desde que a pena privativa de liberdade não seja superior a 6 anos. O precitado processualista acrescenta que no processo penal português, existe o arquivamento em caso de dispensa da pena (artigo

prachen)[61].

De acordo com Rodrigo da Silva Brandalise, o sistema de consenso processual penal americano trabalha com duas grandes percepções: o *guilty plea*, quando a confissão leva ao reconhecimento de culpa pelo acusado e a consequente pena que lhe decorre; e o *nolo contendere*, já citado, que é a declaração de que não será contestada a acusação, sem que haja, com isto, o reconhecimento de culpa do acusado, a despeito da possibilidade de aplicação de pena privativa de liberdade[62].

O ANPP aproxima-se do sistema do *guilty plea*, na medida em que exige, como condição do ajuste, o reconhecimento de culpa pelo acusado por meio da confissão. Já os institutos da transação penal e da suspensão condicional do processo, como exposto, aproximam-se do *nolo contendere*, na medida em que independem do reconhecimento da culpa do agente, sem prejuízo da possibilidade de aplicação imediata de pena privativa de liberdade.

Dessa maneira, se é para fazer um paralelo entre os institutos e manter a coerência, imprescindível que também no ANPC se preserve um dos principais pressupostos do ANPP que é a confissão do agente, sem prejuízo de manter, no que cabível, para aquele, as referenciais condicionantes desse.

Resta, então, examinar se nos casos de fatos ímprobos considerados graves e infrações penais correlatas, assim compreendidos como aqueles que extrapolam os limites do ANPP, seria possível trabalhar com a hipótese de consensualidade.

É preciso ter presente que as hipóteses de acordos substitutivos não se restringem àquelas elencadas no art. 28-A do CPP. É possível, *v.g.,* que o agente não preencha determinada condicionante de tal preceito normativo, mas faça jus à colaboração premiada. Assim é que tanto o Direito Penal quanto

---

280 do CPP português) e o instituto da "suspensão provisória do processo" (artigo 281), similar à nossa suspensão condicional do processo, para crimes punidos com pena não superior a 5 anos. Nesse caso, o processo ficará suspenso por um período máximo de 2 anos ou de 5 anos (casos previstos no artigo 281. 6 e 7), e, uma vez cumpridas as condições, será arquivado (artigo 282). Esse é o espaço negocial (Adoção do plea bargaining no projeto "anticrime": remédio ou veneno? Conjur, 22 de fev. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-fev-22/limite-penal-adocao-plea-bargaining-projeto--anticrimeremedio-ou-veneno> Acesso em 14 de ago de 2020).

61 Na Alemanha, de acordo com Rodrigo da Silva Brandalise, "[...] o acordo se dá sobre as consequências legais (notadamente, com a indicação dos limites máximos e mínimos de pena (13)), sobre medidas procedimentais ou sobre o comportamento das partes durante o julgamento. Da mesma forma como o acordo penal, a culpa não pode ser objeto de negociação, nem mesmo as medidas a serem aplicadas em razão dela (sua modulação pode ser). É o que se depreende do StPO, § 257c, 2 e 3" (O acordo penal: plea bargaining e outros comentários iniciais, publicado site CONAMP, em 8 de fev. 2019. Disponível em: <https://www.conamp.org.br/pt/biblioteca/artigos/item/2352-o-acordo-penal-plea-bargaining-e-outros-comentarios-iniciais.html>Acesso em 15 ago 2020).

62 BRANDALISE, Rodrigo da Silva. Justiça penal negociada. Negociação de sentença criminal e princípios processuais penais relevantes. Curitiba: Juruá, 2016.

o Direito Administrativo Sancionador trabalham com institutos do chamado direito premial, no qual o coautor ou partícipe do ilícito, visando a obtenção de algum prêmio, coopera com os órgãos de investigação.

Nessas situações, dada a maior intensidade na violação ao bem jurídico, o ordenamento não se contenta com a simples confissão, exige-se uma postura proativa de efetiva colaboração com as autoridades responsáveis pelas investigações na obtenção de informações, em especial sobre outros partícipes e/ou coautores e apresentação de provas materiais de autoria. Em outras palavras, não basta confessar, é preciso ir além, trazendo efetivo proveito para a investigação.

Entre os resultados esperados dessa colaboração, destacam-se: a identificação dos demais envolvidos na infração (art. 86, I, da Lei nº 12.529/2011, art. 16, I, da Lei nº 12.846/2013 e art. 4º, I, da Lei nº 12.850/2013), a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação (art. 86, II, da Lei nº 12.529/2011 e art. art. 16, II, da Lei nº 12.846/2013), a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa (art. 4º, II, da Lei nº 12.850/2013), a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa (art. 4º, inc. III, da Lei nº 12.850/2013), e a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa (art. 4º, inc. IV, da Lei nº 12.850/2013).

Nesse sentido, Christiano Jorge Santos e Silvio Antonio Marques sintetizam os principais elementos que o instrumento do ANPC deve conter:

> a) objeto específico que trate claramente das irregularidades cometidas, para que o ajuste não se torne uma espécie de “cheque em branco” ou “salvo-conduto” a fim de que a pessoa física ou jurídica compromissária possa se livrar de todos os tipos de ilícitos já praticados ou futuros; b) previsão de restituição de valores decorrentes de prejuízo, sobrepreço, pagamento de propina, “caixa 2” e outros; c) aplicação de, pelo menos, uma das cominações por ato ímprobo, como multa, suspensão dos direitos políticos e proibição de contratar com o poder público, nos termos do art. 12 da LIA e art. 1º da Resolução 179/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público; d) prazo de pagamento dos valores que representem o prejuízo ao erário, multa e eventual dano moral coletivo, bem como o índice de correção e juros ou, ainda, da execução das obrigações de

> fazer ou não fazer; e) cláusula relativa à homologação judicial do ajuste; f) obrigações de entregar documentos, informações ou senhas de arquivos digitais, de revelar a verdade e de pagar despesas com testemunhas, consultores, peritos e outros; g) previsão sobre a validade das provas, caso haja descumprimento do ajuste, inclusive contra o compromissário (vale dizer: na hipótese de descumprimento do acordo, as provas poderão ser utilizadas na instrução do processo); h) previsão sobre a execução ou rescisão unilateral decorrente do descumprimento do ajuste pela compromissária ou, inclusive, pelo cometimento de novos atos ilícitos; e i) previsão de compartilhamento de provas, caso haja adesão da autoridade que receber os documentos quanto às condições do ajuste.[63]

As Convenções de Mérida e Palermo, ao tratarem dos acordos de leniência e de delação premiada, trazem importantes referenciais que podem ser utilizadas nos ANPC:

> Artigo 37
>
> Cooperação com as autoridades encarregadas de fazer cumprir a lei
>
> 1. Cada Estado Parte adotará as medidas apropriadas para restabelecer as pessoas que participem ou que tenham participado na prática dos delitos qualificados de acordo com a presente Convenção que proporcionem às autoridades competentes informação útil com fins investigativos e probatórios e as que lhes prestem ajuda efetiva e concreta que possa contribuir a privar os criminosos do produto do delito, assim como recuperar esse produto.

63 SANTOS, Christiano Jorge; MARQUES, Silvio Antonio. Pacote Anticrime (Lei 13.964/2019) e acordo de não persecução cível na fase pré-processual: entre o dogmatismo e o pragmatismo. Revista de processo, vol. 303, maio/2020, p. 291-314.

2. Cada Estado Parte considerará a possibilidade de prever, em casos apropriados, a mitigação de pena de toda pessoa acusada que preste cooperação substancial à investigação ou ao indiciamento dos delitos qualificados de acordo com a presente Convenção.

3. Cada Estado parte considerará a possibilidade de prever, em conformidade com os princípios fundamentais de sua legislação interna, a concessão de imunidade judicial a toda pessoa que preste cooperação substancial na investigação ou no indiciamento dos delitos qualificados de acordo com a presente Convenção.

4. A proteção dessas pessoas será, *mutatis mutandis*, a prevista no Artigo 32 da presente Convenção.

5. Quando as pessoas mencionadas no parágrafo 1 do presente Artigo se encontrem em um Estado Parte e possam prestar cooperação substancial às autoridades competentes de outro Estado Parte, os Estados Partes interessados poderão considerar a possibilidade de celebrar acordos ou tratados, em conformidade com sua legislação interna, a respeito da eventual concessão, por esse Estrado Parte, do trato previsto nos parágrafos 2 e 3 do presente Artigo.[64]

Artigo 26

Medidas para intensificar a cooperação com as autoridades competentes para a aplicação da lei

1. Cada Estado Parte tomará as medidas adequa-

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

64 Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção – CNUCC –, ratificada pelo Decreto Legislativo nº 348/2005 e promulgada pelo Decreto Presidencial 5.687/2006, conhecida por Convenção de Mérida.

das para encorajar as pessoas que participem ou tenham participado em grupos criminosos organizados:

a) A fornecerem informações úteis às autoridades competentes para efeitos de investigação e produção de provas, nomeadamente

i) A identidade, natureza, composição, estrutura, localização ou atividades dos grupos criminosos organizados;

ii) As conexões, inclusive conexões internacionais, com outros grupos criminosos organizados;

iii) As infrações que os grupos criminosos organizados praticaram ou poderão vir a praticar;

b) A prestarem ajuda efetiva e concreta às autoridades competentes, susceptível de contribuir para privar os grupos criminosos organizados dos seus recursos ou do produto do crime.

2. Cada Estado Parte poderá considerar a possibilidade, nos casos pertinentes, de reduzir a pena de que é passível um argüido que coopere de forma substancial na investigação ou no julgamento dos autores de uma infração prevista na presente Convenção.

3. Cada Estado Parte poderá considerar a possibilidade, em conformidade com os princípios fundamentais do seu ordenamento jurídico interno, de conceder imunidade a uma pessoa que coopere de forma substancial na investigação ou no julgamento dos autores de uma infração prevista na presente Convenção.

4. A proteção destas pessoas será assegurada nos termos do Artigo 24 da presente Convenção.

5. Quando uma das pessoas referidas no parágra-

> fo 1 do presente Artigo se encontre num Estado Parte e possa prestar uma cooperação substancial às autoridades competentes de outro Estado Parte, os Estados Partes em questão poderão considerar a celebração de acordos, em conformidade com o seu direito interno, relativos à eventual concessão, pelo outro Estado Parte, do tratamento descrito nos parágrafos 2 e 3 do presente Artigo.[65]

A solução, mais uma vez, prestigia a lógica e coerência jurídica. Ora, se é possível transigir no próprio âmbito do Direito Penal, considerado a *ultima ratio* do ordenamento jurídico e com sanções mais gravosas dos atos de corrupção (penas privativas de liberdade de natureza criminal), não seria lógico, nem razoável, vedar que a autoridade competente pudesse fazê-lo com relação às sanções cíveis, decorrentes dos mesmos fatos.[66]

Essa razão, não ao acaso, já havia frequentado acórdão do Supremo Tribunal Federal em hipótese envolvendo acordo de colaboração e na qual se firmou posição de que o ajuste faz nascer para o Estado, de maneira geral, o dever de honrar os compromissos assumidos:

> Os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança tornam indeclinável o dever estatal

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

65 Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo), promulgada pelo Decreto n° 5.015, de 12 de março de 2004.

66 Oportuno, nesse sentido, registrar a opinião de Andrey Borges de Mendonça, que trata da extensão dos efeitos da colaboração premiada para o âmbito da improbidade administrativa, ainda sob os influxos da vedação originária prevista no art. 17, § 1º, da Lei 8.429/92: "Aqui, como lembra Vladimir Aras, podemos invocar o brocardo ubi eadem ratio ibi eadem ius. Não há sentido em fornecer benefícios para alguém colaborar no âmbito criminal e esse mesmo agente ser punido pela Lei de Improbidade, exatamente em razão dos mesmos fatos. A incoerência na atuação estatal – reconhecendo benefícios em uma seara e negando em outra – demonstra até mesmo deslealdade do Poder Público com aquele que contribuiu para a persecução dos agentes ímprobos, abrindo mão de seu direito a não se autoincriminar. Esta incoerência é reforçada quando a Ação de Improbidade se baseia justamente nos elementos desvelados pelo colaborador. Ademais, estamos tratando de um benefício para o réu, de sorte que não há vedação ao uso de analogia em seu favor. Por fim, a interpretação teleológica nos conduz nesse mesmo sentido. É induvidoso que a vedação da lei de improbidade visa impedir que o interesse público seja lesionado. Porém, em casos de colaboração, sobretudo quando auxilia na recomposição no patrimônio público lesionado, o interesse público está sendo mais bem protegido, pois a Administração atingida é a mesma, as partes são as mesmas e o acordo acelera a reparação do dano causado ao erário e recuperação de ativos. Tanto isso é verdade que a Lei 9807/99 estabelece, como objetivo da colaboração, a recuperação total ou parcial do produto do crime, o que está em perfeita sintonia com o objetivo da ação de improbidade, conforme lembra Januário Paludo" (Roteiro de Colaboração Premiada. São Paulo: Mimeo, 2012).

> de honrar o compromisso assumido no acordo de colaboração, concedendo a sanção premial estipulada, legítima contraprestação ao adimplemento da obrigação por parte do colaborador.[67]

Destarte, não é de se excluir, também para ilícitos ímprobos graves, a possibilidade de acordo substitutivo, mantendo-se a congruência com o microssistema anticorrupção que contempla a possibilidade de celebração de acordos no âmbito criminal, sem restrições ao *quantum* de pena abstratamente cominado.

Diante da ausência de regulamentação de aspectos procedimentais e materiais do ANPC, propõe-se colmatar a lacuna por meio de um diálogo entre os sistemas penal e administrativo sancionador, a fim de se estabelecer uma escala gradual de gravidade de fatos mediante um paralelo entre Direito Penal e Direito Administrativo Sancionador, para, então, encontrar o regime jurídico que melhor se adéqua à hipótese, iniciando pelas regras que disciplinam o termo de ajustamento de conduta, passando pelas normas que regulamentam o ANPP até chegar nas regras do acordo de leniência e da colaboração premiada.[68]

5. Notas sobre questões controvertidas

Diversos são os pontos que geram dissensos no plano doutrinário e jurisprudencial acerca do ANPC. Todavia, em razão da limitação do objeto deste breve ensaio, serão eleitos os que podem encerrar maior relevância prática, especialmente no que toca à atuação ministerial.

Uma primeira discussão vincula-se ao limite temporal para celebração do acordo. Há quem considere, por um lado, que o momento adequado seria até o oferecimento da contestação, pois o art. 17, §10-A, da LIA, prevê expressamente que: “Havendo a possibilidade de solução consensual, poderão as partes requerer ao juiz a interrupção do prazo para a contestação, por prazo não superior a 90 (noventa) dias.” Para quem pensa dessa forma, tal orientação coaduna-se com as razões do veto ao §2º do art. 17 e com o princípio da celeridade processual, una vez que não seria razoável que se aguarde todo trâmite

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

67 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. HC 127.483. Plenário. Relator: Ministro Dias Toffoli. Sessão de 27/8/2015. Diário da Justiça, Brasília, DF, 4 fev. 2016.

68 DINIZ, Cláudio Smirrne; CAMBI, Eduardo. Desjudicialização: efetividade na proteção do patrimônio público. In: Ministério Público, Constituição e acesso à justiça. Abordagens institucional, cível, coletiva e penal da atuação do Ministério Público. Orgs. Gregório Assagra de Almeida, Eduardo Cambi e Jairo Cruz Moreira. Belo Horizonte: D´Plácido, 2019. p. 781-808.

processual ou mesmo o postergue voluntariamente, acreditando em alguma eventualidade (*v.g.,* prescrição), seja, ao final da demanda, agraciado com o benefício legal.

Não é como pensam Armando Antonio Sobreiro Neto e Eduardo Cambi, para quem

> […] pouco sentido faria relativizar a aplicação das regras materiais de Direito Público mantendo a mesma rigidez e formalismo no direito processual clássico. A justiça negociada exige novos paradigmas para produzir resultados mais eficientes.[69]

Uma segunda posição inclina-se a dizer que o limite para celebração do ANPC seria o trânsito em julgado da sentença condenatória, pois a lei não estabeleceu limite temporal.[70]

Por fim, há quem desconsidere o limite da coisa julgada e admita o ANPC mesmo após o trânsito em julgado.[71] A razão é que, para além da inexistência de vedação legal, situações há em que a fixação de um termo *ad quem* para formalização do ANPC poderia contrariar a própria finalidade da Lei 8.429/92. Veja-se, por exemplo, a hipótese de cumprimento de sentença de improbidade em que o exequente não localiza bens para satisfação do débito. Ora, sob essa ótica, se o devedor eventualmente se dispor a celebrar o acordo e quitar a dívida, não seria nada razoável manter a vedação e, assim, impedir o ressarcimento ao erário.

Discute-se, por outro lado, se, uma vez proposto o ANPC, caberia ou não ao Conselho Superior dos Ministérios Públicos estaduais ou às Câmaras de Revisão do Ministério Público da União a sua homologação, bem como se a homologação judicial é obrigatória.

Na fase extrajudicial, parece não haver dissenso quanto à necessidade de homologação pelo órgão superior do próprio Ministério Público.[72] Nesse contexto, Armando Antonio Sobreiro Neto e Eduardo Cambi citam interessante hipótese de ANPC em improbidade administrativa eleitoral que prescinde

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

69 CAMBI, Eduardo; SOBREIRO NETO, Armando Antonio. Improbidade administrativa eleitoral: notas sobre o acordo de não persecução cível celebrado pelo Ministério Público. Artigo inédito.

70 ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo. Interesses difusos e coletivos. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020. p. 995.

71 Cfr. GAJARDONI, Luiz Fernando “et al”, Comentários à Lei de Improbidade Administrativa. 4ª ed. São Paulo: RT, 2020.

72 Cfr. art. 5º, §§ 4º-6º, da Resolução 01/2017, do MPPR, e art. 10º da Resolução nº 1.193/2020, do MPSP.

de homologação judicial, consistente na obrigação para retirar propagandas de sites, etc.[73] Neste caso, não haveria nenhum conflito de interesse passível de exame judicial, nem, tampouco, nenhum prejuízo à liberdade de expressão.

Excepcionam-se os casos de suspensão dos direitos políticos, perda da função pública e proibição de contratar com o Poder Público. Nestas hipóteses, não obstante inexista regra expressa nesse sentido e conquanto o acordo tenha força de título executivo extrajudicial (art. 5º, § 6º, da Lei 7.347/85), é imprescindível, além do controle do próprio órgão superior ministerial, a homologação judicial, já que se está diante da imposição de sanções das mais drásticas previstas na LIA e que afetam direitos fundamentais.

Nem se cogite que o art. 20, *caput*, da Lei 8.429/92 ("A perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos só se efetivam com o trânsito em julgado da sentença condenatória") retiraria a sanção da perda da função pública do âmbito de "negociação" do ANPC, pois tal dispositivo visa limitar a concessão de tutelas jurisdicionais provisórias e não impede a justiça negociada.

Ora, não haveria razoabilidade tornar inválida uma sanção aceita pela vontade livre e manifesta do autor do ato de improbidade administrativa. A mesma lógica rege os ANPP's (art. 28-A do CPP) e de colaboração processual (art. 4º da Lei 12.850/13). Não se pode, pois, distinguir a situação do investigado que confessa a prática do crime e se sujeita, espontaneamente, às restrições penais, sem condenação judicial, e a do agente ímprobo que, igualmente, reconhece a prática da improbidade administrativa e aceita celebrar acordo de não persecução cível.

Além disso, - ainda que se possa argumentar que não se trata da imposição de sanções, mas de obrigações *equivalentes* às sanções[74] – não se pode afirmar que um acordo de vontades fere a cláusula do devido processo legal (art. 5º, inc. LV, CF), pois não há coação na imposição da pena/sanção e a homologação judicial, após a anuência expressa do pactuante e de seu advogado, bem como da análise do magistrado quanto a garantia da adequação, suficiência e legalidade das cláusulas do acordo.

Ademais, nenhum direito fundamental é absoluto. Aqui há uma limitação a direitos fundamentais decorrentes de uma manifestação de vontade livre e consciente do agente ímprobo.

Por outro lado, quando o acordo é celebrado na fase judicial e não en-

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

73 CAMBI, Eduardo; SOBREIRO NETO, Armando Antonio. Improbidade administrativa eleitoral: notas sobre o acordo de não persecução cível celebrado pelo Ministério Público. Artigo inédito.

74 PEREIRA, Rafael. Parâmetros para aplicação do acordo de não persecução cível criado pelo Pacote Anticrime (Lei nº 13.964/2019). Artigo inédito.

volve nenhuma daquelas três sanções (quando daí se inequivocamente necessário controle judicial), prescindiria, para parcela da doutrina,[75] de análise pelo órgão interno do Ministério Público, em razão do disposto no art. 6º, §1º, da Resolução nº 179/2017-CNMP.[76] É dizer bastaria a mera homologação judicial. Ademais, há quem reclame a participação do órgão colegiado ministerial mesmo na seara judicial. Argumenta-se que, não fosse assim, haveria um terceiro que analisaria o mérito do acordo elaborado[77], fugindo da ideia de autocomposição. Ainda, invoca-se a ideia de uniformização dos acordos substitutivos; afinal, enquanto o juiz analisa apenas o ANPC de determinado caso concreto, o órgão superior ministerial examina os acordos de todo âmbito territorial do Estado (no caso, do Ministério Público Estadual) ou das unidades federativas (no caso, do Ministério Público da União).

De qualquer forma, é recomendável que o agente do Ministério Público, antes da homologação do acordo de não persecução cível (art. 17, § 1º, da Lei 8.429/92) pelo Conselho Superior, intime a pessoa jurídica de direito público lesada, por ser colegitimada para tomar dos interessados compromisso de ajustamento de conduta (art. 5º, § 6º, da Lei 7.347/85) e para a propositura da ação civil pública por improbidade administrativa (art. 17, *caput*, da Lei 8.429/92). Embora se trate de uma legitimidade concorrente e disjuntiva, o que não exige a anuência, autorização ou participação do outro colegitimado, a manifestação da advocacia pública inibe acordos incompletos e que possam ser, eventualmente, questionados e até anulados perante o Poder Judiciário. Com isso, também se confere maior segurança jurídica no cumprimento desses acordos. Não havendo consenso entre os colegitimados, o acordo será válido e eficaz; adota-se, nesse caso, a mesma orientação do processo coletivo, em que aquele que não concorda com o acordo ou com as cláusulas pactuadas, poderá questioná-lo em juízo.

Quando o acordo vier a ser celebrado pela pessoa jurídica de direito público lesada, também se faz necessária a intervenção do Ministério Público, inclusive porque a instituição tem legitimidade para executar o compromis-

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

75 ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo. Interesses difusos e coletivos. 10 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020. p. 995.

76 “Art. 6º Atentando às peculiaridades do respectivo ramo do Ministério Público, cada Conselho Superior disciplinará os mecanismos de fiscalização do cumprimento do compromisso de ajustamento de conduta tomado pelos órgãos de execução e a revisão pelo Órgão Superior do arquivamento do inquérito civil ou do procedimento no qual foi tomado o compromisso, observadas as regras gerais desta resolução. § 1º Os mecanismos de fiscalização referidos no caput não se aplicam ao compromisso de ajustamento de conduta levado à homologação do Poder Judiciário”.

77 PEREIRA, Rafael. Parâmetros para aplicação do acordo de não persecução cível criado pelo Pacote Anticrime (Lei nº 13.964/2019. Artigo inédito.

so de ajustamento de conduta firmado por outro órgão público, no caso de sua omissão frente ao descumprimento das obrigações assumidas (art. 12 da Resolução 179/17 do CNMP). Ora, se a atuação do Ministério Público é obrigatória como fiscal da ordem jurídica, na ação civil pública por improbidade administrativa ajuizada pela pessoa de direito público lesada (art. 17, § 4º, da Lei 8.429/92), com maior razão, por força da própria Constituição da República (art. 127, *caput*, CF), tal atuação fiscalizadora deve ocorrer em todos os acordos de não persecução cível discutidos, pela pessoa de direito público lesada, na esfera extrajudicial, ainda mais quando eles precisam ser homologados judicialmente.

Outra interessante discussão remete ao controle judicial sobre a sanção estipulada. Por se tratar de ato discricionário, em regra, não cabe ao juiz intervir na proposição do acordo, tampouco substituir seu conteúdo[78]. Seu papel restringe-se ao exame das formalidades legais e dos requisitos jurídicos pertinentes. Havendo discordância do Estado-Juiz em relação à estrita legalidade dos termos do acordo, caberá ao magistrado devolvê-lo para adequação, sob pena de interferir na esfera de liberdade e autonomia da vontade das partes. Afinal, são as partes que estão autovinculadas às convenções pelo livre acordo de vontades. Já os juízes estão adstritos ao ordenamento jurídico (heterovinculação), submetendo-se às normas jurídicas – sejam legisladas ou pactuadas (contratos e convenções).

Insere-se aí a ideia já debatida antes de contratualização e de expansão da consensualidade ou convencionalidade, em busca de resultados concertados entre os diversos sujeitos processuais, que desloca a prevalência das partes na solução do conflito, remanescendo ao juiz tão somente um controle de legalidade[79].

Portanto, os magistrados não podem controlar a conveniência nem deixar de observar rigorosamente os negócios jurídicos válidos[80].

Tal conclusão é possível, mediante raciocínio analógico, com o acordo de não persecução penal, cujo art. 28-A, § 5º, do Código de Processo Penal prescreve:

> Se o juiz considerar inadequadas, insuficientes ou abusivas as condições dispostas no acordo de não persecução penal, devolverá os autos ao

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

78 CASTRO, Renato de Lima. Acordo de não persecução cível na Lei de Improbidade Administrativa. Artigo inédito.

79 CABRAL, Antônio do Prado. Convenções processuais. 2ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2018.

80 CABRAL, Antônio do Prado. Convenções processuais. 2ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2018.

> Ministério Público para que seja reformulada a proposta de acordo, com concordância do investigado e seu defensor.

Entretanto, as situações de patente desproporcionalidade não estarão imunes ao controle jurisdicional, porque o juiz não é um mero "carimbador" de acordos de não persecução cível. Interessante exemplo desse controle é citado por Renato de Lima Castro:

> É a hipótese, v.g., em que se leva ao Judiciário, para homologação, acordo de não persecução cível que tem como sanções a suspensão de direitos políticos e perda da função pública de vereador pelo fato do agente ímprobo ter passado no supermercado com veículo oficial, a caminho da Câmara Municipal, para comprar alguns produtos de limpeza para sua residência. O fato viola os princípios da impessoalidade e moralidade, mas as sanções impostas no acordo não mantêm proporcionalidade e razoabilidade com o desvalor de conduta e de resultado do ato ímprobo, sendo desproporcionais.

Finalmente, intrincada é a questão de celebração de ANPC em casos de solidariedade passiva. Por um lado, o art. 264 do Código Civil dispõe que: "Há solidariedade, quando na mesma obrigação concorre mais de um credor, ou mais de um devedor, cada um com direito, ou obrigado, à dívida toda." Por outro, o art. 844 do mesmo Código preconiza: "A transação não aproveita, nem prejudica senão aos que nela intervierem, ainda que diga respeito a coisa indivisível."

Em casos de solidariedade passiva em matéria de improbidade administrativa, se a obrigação for de caráter divisível, parece não haver maiores problemas quanto à possibilidade de estabelecer a cota parte da dívida para fins de ANPC. Diferente é a hipótese de obrigação indivisível. Nesta, a autocomposição parcial restará prejudicada se não contar com a intervenção e concordância de todos os devedores.

A propósito, o Superior Tribunal de Justiça entende que não há litisconsórcio passivo necessário na ação de improbidade administrativa entre agentes públicos e eventuais terceiros beneficiários ou participantes[81].

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

81 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. AREsp 1579273/SP, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 10/03/2020, DJe 17/03/2020.

Pelo art. 3º da Lei 8.429/92, as "disposições desta lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta".

É certo que as sanções da Lei de Improbidade alcançam também os particulares que, de qualquer forma, tenham concorrido para o ato acoimado de ímprobo[82]. O que não se tem admitido é que a ação civil pública por improbidade administrativa seja ajuizada, exclusivamente, em relação a particulares, sem a concomitante presença de agente público no polo passivo da demanda[83].

Por essa ótica, seria inadmissível celebrar acordos parciais de não persecução cível em face tão somente do particular enredado na improbidade.

Esse posicionamento é contraditório em relação à própria jurisprudência do STJ que reconhece a inexistência de litisconsórcio passivo necessário. Não haveria dificuldade das condutas serem analisadas e processadas em processos distintos, quando não for possível a discussão conjunta. Isso porque, ressalvada situação de indivisibilidade já consignada, não seria razoável exigir que todos os investigados estejam de acordo com a autocomposição para que o Ministério Público aproveite a colaboração do servidor público investigado na elucidação dos atos de improbidade administrativa. No limite, é possível que, em relação ao agente público que realizou o acordo de não persecução cível, o Ministério Público, quando opte por ajuizar a ação civil pública, requeira apenas o efeito declaratório (reconhecimento da improbidade), por já ter acordado às sanções com o investigado. Já em relação ao particular a ação poderá ter efeitos condenatórios, quando este não tiver interesse ou não for incluído no acordo.

6. Conclusão

A nova redação dada pela Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime) ao artigo 17, §1º da LIA representou um grande avanço no combate à corrupção.

O legislador, no entanto, perdeu a oportunidade de encerrar de vez com as discussões acerca da solução consensual no âmbito da improbidade administrativa, mediante o equacionamento de outro aspecto que até então vinha gerando grave insegurança jurídica: a ausência de regulamentação de aspectos procedimentais e materiais dessa espécie de acordo.

Isso, porém, não impede a efetiva implementação do Acordo de Não

82 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.789.492/PR, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, Dje 23/5/2019.

83 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp 1678206/RS, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 26/05/2020, DJe 05/06/2020.

Persecução Cível, cuja consecução pode ser dar por meio de uma construção hermenêutica e de interpretação sistemática com outros institutos semelhantes, por meio da Teoria do Diálogo das Fontes.

Para tanto, propõe-se estabelecer uma escala gradual de gravidade de fatos mediante um paralelo entre Direito Penal e Direito Administrativo Sancionador, para, então, identificar o regime jurídico que melhor se adequa à hipótese, iniciando pelas regras que disciplinam o termo de ajustamento de conduta, passando pelas normas que regulamentam o ANPP até chegar nas regras do acordo de leniência e da colaboração premiada.

7. Referências bibliográficas

ALVES, Rogério Pacheco. Improbidade administrativa. 2ª parte. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____; GARCIA, Emerson. Improbidade Administrativa. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo. Interesses difusos e coletivos. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020.

ANDRADE, Landolfo. Acordo de não persecução cível: primeiras reflexões. Gen Jurídico. Publicado em 05/03/2020. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2020/03/05/acordo-de-nao-persecucao-civel/>. Acesso em 17 de ago. de 2020.

BRANDALISE, Rodrigo da Silva. Justiça penal negociada. Negociação de sentença criminal e princípios processuais penais relevantes. Curitiba: Juruá, 2016.

BRASIL, Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n° 5.208 de 10 de maio de 2016. Disponível em:<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=F5E1D8BB266B0FA06B2B4BF7CDE0D808.proposicoesWebExterno2?codteor=1456182&filename=PL+5208/2016> Acesso em: 19 de ago de 2020.

_____, Supremo Tribunal Federal. HC 127.483. Plenário. Relator: Ministro Dias Toffoli. Sessão de 27/8/2015. Diário da Justiça, Brasília, DF, 4 fev. 2016.

_____, Superior Tribunal de Justiça. AREsp 1579273/SP. Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 10/03/2020, DJe 17/03/2020.

_____, Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.789.492/PR, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, DJe 23/5/2019.

_____, Superior Tribunal de Justiça. REsp 1678206/RS, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/05/2020, DJe 05/06/2020.

BRASÍLIA. 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal. Voto 9212/2016, inquérito civil 1.30.001.001111/2014-42, rel. Procuradora Mônica Nicida Garcia. Disponível em <http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/IC1.30.001.001111.201442_Reduzido.pdf.> Acesso em 16 de ago de 2020.

CABRAL, Antônio do Prado. Convenções processuais. 2ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2018.

CAMBI, Eduardo; SOBREIRO NETO, Armando Antonio. Improbidade administrativa eleitoral: notas sobre o acordo de não persecução cível celebrado pelo Ministério Público. Artigo inédito.

CAMPELO, Sofia Cavalcanti. Acordo em Ação de Improbidade Administrativa: Desafios atuais e perspectivas para o futuro. Revista dos Tribunais, vol. 1011, jan./2020.

CARVALHO, Guilherme; FERRAZ, Sergio. A “nova” transação em improbidade: um Carnaval com várias fantasias. Revista Consultor Jurídico, 20 de fevereiro de 2020. Disponível em:<https://www.conjur.com.br/2020-fev-20/transacao-improbidade-carnaval-varias-fantasias> Acesso em: 17 jul. 2020.

CASTRO, Renato de Lima. Acordo de não persecução cível na Lei de Improbidade Administrativa. Artigo inédito.

_____. Colaboração Premiada e Improbidade Administrativa. Revista do Ministério Público/Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, n.º 66, out/dez. 2017. Disponível em: <http://www.mprj.mp.br/documents/20184/1246489/Renato_de_Lima_Castro.pdf> Acesso em: 19 de ago. De 2020.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, Resolução n.º 179/2017, de 26 de julho 2017. Disciplina a tomada do compromisso de ajustamento de conduta no âmbito do Ministério Público. Brasília-DF. Disponível em: https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-179.pdf>. Acesso em 23 ago. 2020.

DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Vol. 1. 19ª. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

DINIZ, Cláudio Smirne; CAMBI, Eduardo. Desjudicialização: efetividade na proteção do patrimônio público. In: Ministério Público, Constituição e acesso à justiça. Abordagens institucional, cível, coletiva e penal da atuação do Ministério Público. Orgs. Gregório Assagra de Almeida, Eduardo Cambi e Jairo Cruz Moreira. Belo Horizonte: D´Plácido, 2019.

GAJARDONI, Luiz Fernando da; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; CERQUEIRA, Luis Otavio Sequeira; GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; FAVRETO, Rogério. Comentários à Lei de Improbidade Administrativa. 4ª ed. São Paulo: RT, 2020.

GARCIA, Emerson. A consensualidade no direito sancionador brasileiro: potencial de incidência no âmbito da Lei nº 8.429/1992. Revista Síntese: Direito Administrativo, São Paulo, v. 12, n. 141, Edição Especial, set. 2017.

GOMES, Orlando. Obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

LOPES JR, Aury. Adoção do plea bargaining no projeto “anticrime”: remédio ou veneno? Conjur. 22 de fev. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-fev-22/limite-penal-adocao-plea-bargaining-projeto-anticrimeremedio-ou-veneno> Acesso em 14 de ago. De 2020.

LOPES, Paula Lino. Atuação administrativa consensual: acordo substitutivo envolvendo atos de improbidade administrativa. Revista de Processo, vol. 274, dezembro/2017.

MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe. Manual de direito do consumidor. 2ª ed. São Paulo: RT, 2009.

MENDONÇA, Andrey Borges de. Roteiro de Colaboração Premiada. São Paulo: Mimeo, 2012.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos Institutos Consensuais da Ação Administrativa. Revista de Direito Administrativo, nº 231, jan./mar. 2003.

NEGRI, Moreira Rafael. A (Im)possibilidade de o Ministério Público Transacionar em Ação de Improbidade Administrativa. Artigo científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação Lato Sensu da Escola

da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, 2016.Disponível:<https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2016/pdfRafaelBarrosoMoreiraNegri.pdf>. Acesso em: 23 ago. 2020.

NEVES, Daniel Amorim; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Manual de improbidade administrativa. São Paulo: Método, 2014.

OSÓRIO, Fábio Medina. Teoria da Improbidade Administrativa: má gestão pública, corrupção e ineficiência. São Paulo: RT, 2007.

SANTOS, Christiano Jorge; MARQUES, Silvio Antonio. Pacote Anticrime (Lei 13.964/2019) e acordo de não persecução cível na fase pré-processual: entre o dogmatismo e o pragmatismo. Revista de processo, vol. 303, maio/2020.

TAVARES, João Paulo Lordelo Guimarães. A aplicação do instituto da colaboração premiada nas ações de improbidade administrativa. Coletânea de artigos: avanços e desafios no combate à corrupção após 25 anos de vigência da Lei de Improbidade Administrativa. 5ª Câmara de Coordenação e Revisão, Criminal. Brasília: MPF, 2018. Disponível: <http://intranet.mpf.mp.br/areas-tematicas/camaras/combate-a-corrupcao/publicacoes>. Acesso em: 23 ago. 2020.

TAVARES, Pedro Tenório Soares Vieira; NETTO, Estácio Luiz Gama de Lima. Pacote anticrime – as modificações no sistema de justiça criminal brasileiro. E-book, 2020.

WANIS, Rodrigo Otávio Mazieiro. A defesa da sociedade contra os atos de improbidade administrativa: análise crítica e desafios para a atuação eficiente do Ministério Público. – Coleção Direitos fundamentais e acesso à justiça no estado constitucional de direito em crise. Coordenação: Gregório Assagra de Almeida. Belo Horizonte: D’Plácido, 2019.

O PACOTE ANTICRIME E A NOVA SISTEMÁTICA DE ARQUIVAMENTO DA INVESTIGAÇÃO PENAL

Emerson Garcia[1]

SUMÁRIO

1. Aspectos introdutórios

O denominado "Pacote Anticrime" foi veiculado pela Lei nº 13.964/2019, que alterou diversos diplomas normativos de natureza extrapenal, penal e processual penal, incluindo o art. 28 do Decreto-lei nº 3.689/1941, que veiculou o Código de Processo Penal. Esse preceito dispunha sobre a necessidade de o órgão do Ministério Público requerer, ao juízo competente, o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação. Caso considerasse improcedentes as razões invocadas, o juízo encaminharia o expediente ao Procurador-Geral, que poderia oferecer denúncia, designar outro membro do Ministério Público para fazê-lo ou prosseguir nas investigações, ou ainda insistir no pedido de arquivamento, ao qual somente então estava o juízo obrigado a atender.

Não era necessário um aguçado espírito científico para se perceber que o modelo diuturnamente observado há pouco menos de oitenta anos era no mínimo anacrônico. Afinal, em um sistema como o nosso, acusatório, o Poder Judiciário atuava como uma espécie de liame entre os órgãos de base do Ministério Público e a Chefia Institucional, estando vinculado ao juízo de valor por ela realizado. Mas se a palavra final era do Ministério Público, *domi-*

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

1 Doutor e Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa. Especialista em Education Law and Policy pela European Association for Education Law and Policy (Antuérpia – Bélgica) e em Ciências Políticas e Internacionais pela Universidade de Lisboa. Membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Consultor Jurídico da Procuradoria-Geral de Justiça e Diretor da Revista de Direito. Consultor Jurídico da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP). Membro Honorário do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB).

nus litis da ação penal, era difícil compreender a razão de ser ou a relevância dessa participação. Não se colocava em dúvida, obviamente, a importância do controle. A perplexidade decorria apenas da participação do Poder Judiciário[2], que parecia não se coadunar com a sua imparcialidade para julgar o caso em momento futuro.

Vale lembrar que essa anomalia fora abandonada há alguns anos na Justiça Federal. Tal ocorreu com base no disposto no art. 62, IV, da Lei Complementar nº 75/1993, que atribuiu às Câmaras de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal competência para *"manifestar-se sobre o arquivamento de inquérito policial, inquérito parlamentar ou peças de informação, exceto nos casos de competência originária do Procurador-Geral".*[3] Entre os inúmeros sentidos possíveis, optou-se por entender, cerca de duas décadas após a promulgação da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público da União, que a manifestação ali referida simplesmente substituíra aquela que o art. 28 do CPP outorgara ao Poder Judiciário. Não seriam fornecidos, portanto, meros subsídios à atuação do Procurador-Geral da República, que sequer atuaria. A manifestação seria conclusiva e os arquivamentos não mais passariam pelo Poder Judiciário. Esse entendimento não recebeu contestações de maior monta no âmbito da Justiça Federal e terminou por se estabilizar.

O objetivo de nossas breves reflexões é o de analisar as alterações promovidas e as dificuldades de ordem pragmática a serem enfrentadas para a sua plena operatividade no âmbito dos Ministérios Públicos dos Estados, considerando que, entre a manifestação inicial dos órgãos de execução e o pronunciamento final do Procurador-Geral de Justiça, não mais se colocará a avaliação intermediária do Poder Judiciário. Aliás, foi justamente em razão dessas dificuldades que o Supremo Tribunal Federal, em decisão monocrática proferida em juízo de cognição sumária, suspendeu a eficácia da nova redação do art. 28 do CPP[4]. Afinal, apesar da reestruturação administrativa exigida e dos impactos orçamentários a serem gerados para o Ministério Público, a Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, publicada no mesmo dia, deveria entrar em vigor no dia 23 de janeiro de 2020. Como a *vacatio legis* transcorreu

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

2 Cf. PRADO, Geraldo. Sistema Acusatório. A Conformidade Constitucional das leis Processuais Penais. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 279.

3 A LC nº 75/1993 veicula sistemática similar em relação (a) ao Ministério Público Militar, no art. 136, IV, cabendo a decisão final ao Procurador-Geral da Justiça Militar, nos termos do art. 397, § 1º, do CPPM; e (b) ao Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, no art. 171, V, cabendo a manifestação final ao Procurador-Geral de Justiça, o que resultava da aplicação da redação original do art. 28 do CPP. No Código Eleitoral, em seu art. 357, §1º é prevista a atuação do Procurador Regional Eleitoral, de modo similar à antiga redação do art. 28 do CPP.

4 ADI-MC nº 6.298/DF, rel. Min. Luiz Fux, decisão monocrática de 22/01/2020, DJe de 03/02/2020.

integralmente durante o período de recesso parlamentar e não houve tempo hábil para as adaptações necessárias, entendeu-se afrontada a norma constitucional que exigia prévia dotação orçamentária para a realização da despesa pública (CRFB/1988, art. 169), além da própria autonomia financeira dos Ministérios Públicos (CRFB/1988, art. 127). Esses vícios, à evidência, assumem contornos pro *tempore*, logo, hão de ser superados em futuro próximo.

2. A nova sistemática de arquivamento da investigação penal

Com a alteração promovida no art. 28 do CPP, o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer elementos informativos da mesma natureza deixa de ser *requerido* pelo Ministério Público ao juiz competente e passa ser *ordenado* pelo órgão do Ministério Público. Eis a redação do preceito:

> "Art. 28. Ordenado o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer elementos informativos da mesma natureza, o órgão do Ministério Público comunicará à vítima, ao investigado e à autoridade policial e encaminhará os autos para a instância de revisão ministerial para fins de homologação, na forma da lei.
>
> § 1º Se a vítima, ou seu representante legal, não concordar com o arquivamento do inquérito policial, poderá, no prazo de 30 (trinta) dias do recebimento da comunicação, submeter a matéria à revisão da instância competente do órgão ministerial, conforme dispuser a respectiva lei orgânica.
>
> § 2º Nas ações penais relativas a crimes praticados em detrimento da União, Estados e Municípios, a revisão do arquivamento do inquérito policial poderá ser provocada pela chefia do órgão a quem couber a sua representação judicial."

O primeiro aspecto a ser analisado diz respeito ao objeto do arquivamento. Diversamente ao que se verificava na sistemática anterior, que fazia menção ao inquérito policial e a *"quaisquer peças de informação"*, passou-se a fazer referência aos *"elementos informativos da mesma natureza"*. A distinção, embora sutil, não pode passar despercebida. Para que seja possível estabelecer a correlação entre o inquérito policial e esses elementos informativos, é neces-

sário identificar a sua natureza.

O inquérito policial, na síntese de Tornaghi (1977: 249), *"é a investigação do fato, na sua materialidade, e da autoria"*, destinando-se a oferecer elementos para o juízo de valor do titular da ação penal. Trata-se de procedimento *"inquisitório, escrito e sigiloso. Nele não há qualquer acusação e, portanto, não enseja a defesa".*[5] Em consequência, para que os elementos informativos a que se refere o art. 28 tenham a mesma natureza do inquérito, devem integrar uma investigação, qualquer que seja o designativo que lhe seja atribuído[6]. Não nos parece que qualquer elemento informativo (*rectius*: peça de informação) possa ser considerado da mesma natureza pela só razão de poder ser utilizado como meio de prova, a exemplo do que ocorre com o inquérito. Fosse assim, estaríamos perante um pleonasmo vicioso com a exigência de que seja da mesma natureza, pois qualquer elemento o seria. Caso o elemento informativo não seja *"da mesma natureza"*, a sistemática de arquivamento seguirá a regulamentação interna, não sendo imperativa a homologação a que se refere o art. 28 do CPP.

A constatação anterior assume singular relevância ao lembrarmos que o Supremo Tribunal Federal reconheceu que, ínsito no poder de o Ministério Público ajuizar a ação penal, está o de investigar[7]. Na ocasião, o Tribunal fixou a seguinte tese: *"o Ministério Público dispõe de competência para promover, por autoridade própria, e por prazo razoável, investigações de natureza penal, desde que respeitados os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado, observadas, sempre, por seus agentes, as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição e, também, as prerrogativas profissionais de que se acham investidos, em nosso País, os Advogados (Lei 8.906/1994, art. 7º, notadamente os incisos I, II, III, XI, XIII, XIV e XIX), sem prejuízo da possibilidade – sempre presente no Estado democrático de Direito – do permanente controle jurisdicional dos atos, necessariamente documentados (Súmula Vinculante 14), praticados pelos membros dessa Instituição*". O denominado procedimento investigatório criminal foi objeto de disciplina pelo Conselho Nacional do Ministério Público (Resolução CNMP nº 181/2017),

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

5 A doutrina especializada não destoa desse entendimento: LOPES JR, Aury. Sistemas de investigação preliminar no processo penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 31; POLASTRI, Marcellus. Curso de Processo Penal. 9º ed. Brasilia: Gazeta Jurídica, 2016, p. 83.

6 O termo circunstanciado, lavrado pela autoridade policial na hipótese de infração penal de menor potencial ofensivo, no qual são requisitados os exames periciais necessários (Lei nº 9.099/1995, art. 69), tem a natureza jurídica de investigação sumária. O arquivamento, portanto, previsto no art. 76 da Lei nº 9.099/1995, seguirá a sistemática do art. 28 do CPP.

7 STF, Pleno, RE nº 593.727/MG, rel. p/acórdão Min. Gilmar Mendes, j. em 14/05/2015, DJ de 25/05/2015.

devendo ser ainda detalhado no âmbito de cada Instituição.

Como se constata, os *"elementos informativos da mesma natureza"* a que se refere a atual redação do art. 28 do CPP são substancialmente distintos das peças de informação a que se referia a redação anterior. Essas peças podem acompanhar uma *notitia criminis* endereçada ao Ministério Público e, à mingua de qualquer verossimilhança na narrativa ou de utilidade na prova apresentada, ser indeferidas de plano. No direito positivo vigente, ainda que momentaneamente ineficaz, não se aplicará a sistemática a que se refere o art. 28 do CPP em relação às denominadas peças de informação. Tal somente ocorrerá em relação à investigação penal propriamente dita, gênero que alberga o inquérito policial conduzido pela polícia judiciária e o procedimento investigatório criminal, ou expediente similar, a cargo do Ministério Público.

O arquivamento deve ser ordenado pelo *"órgão do Ministério Público".* O Ministério Público, a exemplo de qualquer estrutura estatal de poder, deve ter suas atribuições definidas pela ordem jurídica. Principiando pelo plano constitucional, identifica-se a divisão entre o Ministério Público da União e os Ministérios Públicos Estaduais e, no âmbito de cada Instituição, há inúmeras subdivisões internas, que buscam assegurar a especialização das funções, a divisão equânime do trabalho e o aumento da eficiência. Cada órgão de execução, portanto, exercerá apenas as atribuições que lhe forem outorgadas pela ordem jurídica. Apesar da obviedade dessa constatação, alguns podem questionar: mas e o princípio da unidade? Ele não autoriza que um agente exerça as atribuições afetas a outro? Sim, isto é possível, mas apenas quando a ordem jurídica o autoriza, o que decorre do princípio mais amplo da legalidade, o qual nenhuma estrutura estatal de poder se exime de observar, e, de modo mais específico, do princípio do promotor natural, situado pelo Supremo Tribunal Federal no plano infraconstitucional[8] e que busca afastar o acusador de exceção.

Uma vez ordenado o arquivamento da investigação penal, o art. 28 impõe dois deveres ao órgão de execução do Ministério Público: realizar comunicações e submetê-lo à revisão.

As comunicações devem ser direcionadas à vítima, ao investigado e à autoridade policial, tendo funcionalidades bem diversificadas.

Em relação à vítima, nos termos do § 1º do art. 28, a comunicação lhe

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

8 STF, Pleno, HC n. 69.599/RJ, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 30.06.1993, DJU de 27/08/1993, p. 17.020. No mesmo sentido: STF, Pleno, HC n. 70.290/RJ, caso "Jogo do Bicho", rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 30/06/1993, Revista do MPRJ n. 10/291; 1ª T., HC n. 71.429/SC, rel. Min. Celso de Mello, j. em 25/10/1994, DJU de 25/08/1995, p. 26.023; 2ª T., HC n. 77.723/RS, rel. Min. Néri da Silveira, j. em 15/09/1998, DJU de 15/12/2000, p. 063; e 1ª T., RE n. 255.639-SC, rel. Min. Ilmar Galvão, j. em 13/02/2001, Inf. n. 217/2001.

dá a possibilidade de, diretamente ou por seu representante legal, no prazo de 30 (trinta) dias, a contar do seu recebimento, submeter a matéria à *"revisão da instância competente do órgão ministerial"*. Trata-se da mesma *"instância de revisão ministerial"* referida no *caput* do preceito, responsável por realizar a homologação de todas as promoções de arquivamento. Como a revisão é imposta por lei, a manifestação da vítima somente terá o efeito útil de facilitar o surgimento de um raciocínio dialético em relação às razões apresentadas pelo órgão de execução que ordenou esse arquivamento. Essa manifestação de vontade, portanto, não é requisito indispensável à reapreciação da matéria no âmbito do Ministério Público. É como se fosse interposto um recurso voluntário em feito sujeito à remessa necessária (CPC/2015, art. 496).

Na medida em que o prazo para a manifestação da vítima principia com o recebimento da comunicação, é necessária a utilização de meios que permitam a sua comprovação (v.g.: escritos, digitais etc.), sob pena de restar frustrado o exercício do direito que lhe foi assegurado. A exemplo do entendimento prevalecente em relação à generalidade das causas penais[9], a contagem não se restringe aos dias úteis, técnica adotada na lei processual civil (CPC/2015, art. 219).

O § 1º do art. 28 assegurou um direito à vítima ou ao seu representante legal. O enunciado linguístico *"conforme dispuser a respectiva lei orgânica"*, inserido na parte final do preceito, não tem o condão de atribuir contornos programáticos ao referido direito. Afinal, o preceito dispõe sobre o legitimado, o requerimento a ser formulado, o requisito para sua apresentação, o prazo e o órgão que irá apreciá-lo. A lei orgânica disporá apenas sobre o órgão competente para realizar a revisão, o que, quando muito, pode retirar uma atribuição já outorgada há décadas ao Procurador-Geral de Justiça, jamais impedir que a vítima exerça o seu direito.

O § 2º do art. 28, em evidente má-técnica legislativa, dispõe sobre a possibilidade de a revisão do arquivamento do inquérito policial, ser provocada pela chefia do órgão ao qual couber a representação judicial da União, dos Estados e dos Municípios, *"nas ações penais relativas a crimes praticados"* em detrimento desses entes federativos. Como a temática da investigação penal é contextualizada no plano pré-processual, no qual se buscam elementos probatórios que tornem possível o ajuizamento da ação penal, é evidente que a referência a esse instrumento é inadequada. O que se almejou dizer, pura e simplesmente, foi que essa provocação poderia ocorrer nas investigações afetas a esses crimes. Também a referência exclusiva ao arquivamento do inquérito policial, quando o *caput* do preceito também alcança *"quaisquer elementos informativos da mesma natureza"*, é fruto de mero deslize semântico, dentre

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

9 STF, Pleno, AgR na Rcl. nº 23.045, rel. Min. Edson Fachin, j. em 09/05/2019.

muitos esparramados pela Lei nº 13.964/2019, não de uma verdadeira opção processual. Afinal, tratamento diferenciado como esse não se sustentaria à luz da lógica ou da razão[10].

A comunicação ao investigado é um imperativo de civilidade. Afinal, qualquer um que se veja envolvido em uma investigação penal tem sobre sua cabeça uma verdadeira espada de Dâmocles, que tende a abalar a mais destemida das pessoas de bem. Pessoas assim certamente se verão aliviadas com o arquivamento da apuração. Esse raciocínio, por certo, não é extensivo aos infratores habituais, que tendem a ver com regozijo o reconhecimento público de suas façanhas. Não há óbice, ademais, a que o investigado direcione arrazoado ao órgão de revisão do arquivamento, quer demonstrando o acerto das razões apresentadas pelo órgão de execução, quer estabelecendo um contraponto em relação aos argumentos em contrário apresentados pela vítima, embora não seja exigido o estabelecimento do contraditório nesse plano.

Por fim, o arquivamento da investigação deve ser comunicado à autoridade policial, o que assume indiscutível relevância em relação à política de segurança pública. Permite que sejam conhecidas as conclusões do Ministério Público a respeito dos fatos investigados, aumentando, desse modo, a completude dos bancos de dados existentes, o que apresenta indiscutível relevância para o aprimoramento da atividade estatal.

Ordenado o arquivamento e realizadas as comunicações exigidas pelo art. 28, o respectivo órgão de execução deve encaminhar os autos para a instância de revisão ministerial para fins de homologação, o que deve ser feito na forma da lei. Como se percebe, em relação à persecução penal, o controle parcialmente externo exercido pelo Poder Judiciário foi substituído por um controle integralmente interno, realizado pelo próprio Ministério Público.

A lei referida no *caput* do art. 28 é a lei orgânica da Instituição, mencionada literalmente no § 1º do mesmo preceito. Trata-se da *sedes materiae* para a definição das atribuições dos órgãos da Instituição. De acordo com a sistemática constitucional, as grandes linhas dessas atribuições devem ser estabelecidas pela Lei Orgânica Nacional, de iniciativa privativa do Presidente da República (CRFB/1988, art. 61, § 1º, I, d), o que foi feito com a edição da Lei nº 8.625/1993. Lei complementar estadual, por sua vez, cuja iniciativa, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal[11], é privativa do respectivo Procurador-Geral de Justiça, irá detalhar, nos termos do art. 128, § 5º, da Cons-

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

10 A respeito dos postulados da interpretação jurídica, vide: GARCIA, Emerson. Interpretação Constitucional. A resolução das conflitualidades intrínsecas da norma constitucional. São Paulo: Atlas, 2015, p. 492-512.

11 STF, Pleno, ADI nº 4.142, rel. Min. Roberto Barroso, j. em 20/12/2019, DJe de 26/02/2020.

tituição de 1988, a organização, as atribuições e o estatuto de cada Ministério Público.

Em relação à temática ora analisada, a Lei nº 8.625/1993 estabelece regramentos distintos, com completude diferenciada, conforme estejamos perante arquivamentos promovidos diretamente pelo Procurador-Geral de Justiça ou pelos Promotores de Justiça, os quais atuam primordialmente em primeira instância.

No primeiro caso, é outorgada ao Colégio de Procuradores de Justiça atribuição para *"rever, mediante requerimento de legítimo interessado, nos termos da Lei Orgânica, decisão de arquivamento de inquérito policial ou peças de informações determinada pelo Procurador-Geral de Justiça, nos casos de sua atribuição originária"* (art. 12, XI). Nessa situação, não se tem propriamente uma instância de homologação, mas, sim, revisional, a partir de provocação do interessado. Assim ocorre porque, nos termos do art. 29, VII, o Chefe da Instituição tem o poder de *"determinar o arquivamento de representação, notícia de crime, peças de informação, conclusão de comissões parlamentares de inquérito ou inquérito policial, nas hipóteses de suas atribuições legais".*

No segundo caso, somente é feita referência à atribuição do Procurador-Geral de Justiça para designar membro do Ministério Público para *"oferecer denúncia ou propor ação civil pública nas hipóteses de não confirmação de arquivamento de inquérito policial ou civil, bem como de quaisquer peças de informações"* (art. 10, IX, d). Não é indicado, portanto, o órgão responsável pela revisão da promoção de arquivamento, o que certamente foi influenciado pelo disposto no art. 28 do CPP, que atribuía esse *munus*, há décadas, ao Procurador-Geral. Apesar desse silêncio, é factível que a essencialidade do Ministério Público não permite que uma atribuição simplesmente deixe de ser exercida por não ter sido outorgada a órgão específico da Instituição. Como o Procurador-Geral de Justiça, além de exercer a Chefia Institucional (art. 10, I), pode designar membros para assegurar a continuidade do serviço (art. 10, IX, d) e para exercer as funções afetas a outro membro, *ad referendum* do Conselho Superior (art. 10, IX, g), essa atribuição deve ser atraída para si caso a Lei Orgânica Estadual não seja alterada e eventualmente disponha de modo diverso.

3. Modelos possíveis para a revisão interna das decisões de arquivamento

Ao transitarmos da Lei nº 8.625/1993 para a lei orgânica estadual, é necessário identificar os modelos passíveis de serem adotados, que são o puramente concentrado e o escalonado, de viés difuso-concentrado. Esses dois grandes modelos mostram-se compatíveis com as especificidades do Ministério Público e a sua utilização dependerá do volume de investigações penais

existente no âmbito do respectivo ente federativo[12]. Esse aspecto mostra-se particularmente relevante ao lembrarmos que, sob a égide da redação original do art. 28 do CPP, os arquivamentos promovidos pelo Ministério Público eram pulverizados entre todos os juízes, do respectivo Estado, com competência na matéria. Esses magistrados avaliavam os arquivamentos e, caso discordassem, remetiam os autos para a avaliação da Chefia Institucional, que decidiria em caráter definitivo, podendo oferecer a denúncia, designar outro órgão do Ministério Público para oferecê-la ou prosseguir nas investigações, ou mesmo insistir no pedido de arquivamento, ao qual só então estaria o juiz obrigado a atender. Nessa sistemática, o Procurador-Geral de Justiça era instado a rever um pequeno percentual dos arquivamentos promovidos. A partir do momento em que a nova redação do art. 28 produzir efeitos, a intermediação do Poder Judiciário deixará de existir e o órgão de revisão passará a rever a integralidade dos arquivamentos realizados, o que pode importar na transição, de algumas centenas de expedientes, para uma ou mais centenas de milhar.

No modelo puramente concentrado, a atribuição de revisão seria outorgada a um único órgão. Considerando a forma como a Administração Superior do Ministério Público foi estruturada pela Lei nº 8.625/1993, esse órgão poderia ser o Procurador-Geral de Justiça, o Conselho Superior do Ministério Público ou o Colégio de Procuradores de Justiça, já que função dessa natureza parece não se afeiçoar à atuação da Corregedoria-Geral. Esses órgãos poderiam contar com o apoio de uma assessoria especializada, conforme dispuser a respectiva lei orgânica. A revisão por órgão colegiado tem sido adotada, com êxito, no âmbito do Ministério Público Federal. A distinção em relação aos paradigmas estaduais é que o volume de investigações e arquivamentos é sensivelmente inferior.

No modelo escalonado, de viés difuso-concentrado, a lei orgânica reproduziria um sistema similar àquele adotado na redação original do art. 28 do CPP, com a diferença de que a avaliação preliminar, a cargo do Poder Judiciário, passaria a ser realizada por órgãos do próprio Ministério Público. Sob essa ótica, a solução mais plausível parece ser a atribuição aos Procuradores de Justiça do munus de realizar essa avaliação preliminar. Afinal, esses agentes, nos termos do art. 19, § 2º, da Lei nº 8.625/1993, já têm a atribuição de exercer *"inspeção permanente dos serviços dos Promotores de Justiça nos autos em que oficiem, remetendo seus relatórios à Corregedoria-Geral do Ministério*

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

12 São bem impressivos os dados do Conselho Nacional do Ministério Público, a respeito das promoções de arquivamento formuladas pelos Ministérios Públicos dos Estados e do Distrito Federal, conforme as Regiões do País, em 2018: (a) Centro-Oeste – 61.379; (b) Nordeste – 39.391; (c) Norte – 19.955; (d) Sudeste – 466.040; e (e) Sul – 177.837. In: https://cnmp.mp.br/portal/relatoriosbi/mp-um-retrato, acessado em 26 de agosto de 2020.

Público".

Não se ignora, é certo, que em alguns Estados da Federação esses agentes se apresentam em reduzido número, sequer existindo um Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça, como autorizado pelo art. 13 da Lei nº 8.625/1993, por não alcançarem quantitativo superior a quarenta membros. No entanto, esse quantitativo tende a ser influenciado pelo volume forense, daí a presunção, certamente juris tantum, de que não seria inviável a absorção da nova atribuição. Também aqui seria plenamente aplicável a sistemática das assessorias.

A opção pelo modelo escalonado faria que os arquivamentos ordenados fossem diretamente encaminhados, pelos Promotores de Justiça, aos Procuradores de Justiça, os quais, aquiescendo, homologariam o arquivamento. Caso dissentissem, encaminhariam os autos ao órgão de revisão final (v.g.: Procurador-Geral de Justiça), que decidiria em caráter definitivo, homologando-o ou, caso divergisse, designando outro membro para prosseguir no feito. Para que seja preservada a unidade institucional, as teses fixadas pelo órgão de revisão final seriam vinculantes para os Procuradores de Justiça, o que configuraria um ponto de equilíbrio necessário em relação à independência funcional, princípio que, apesar da percepção equivocada de muitos, não é uma espécie de ilha indiferente ao seu entorno, que subsiste sozinha no sistema brasileiro. A preocupação com a unidade, aliás, é uma das razões pelas quais os arquivamentos, nos termos do art. 28 do CPP, devem ser submetidos a um órgão de revisão.

Como dissemos, enquanto não alterada a lei orgânica estadual, o Procurador-Geral de Justiça atuará como órgão de revisão dos arquivamentos ordenados pelos Promotores de Justiça, o que significa dizer que incidirá, em sua plenitude, o disposto na Lei nº 8.625/1993, que o autoriza a delegar tanto suas funções administrativas (art. 10, VIII) como as de órgão de execução (art. 29, IX). A delegação, como se sabe, cria uma regra derivada de competência, estabelecendo a forma como será exercida e a possibilidade, ou não, de os atos praticados serem revistos pela autoridade delegante[13]. A partir dessa constatação, é possível afirmar que a adoção do modelo escalonado, de viés difuso-concentrado, com a consequente atuação dos Procuradores de Justiça, sequer demandaria alteração legislativa.

4. Epílogo

A alteração promovida pela Lei nº 13.964/2019 no art. 28 do CPP fortalece o

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

13 Cf. GARCIA, Emerson. Ministério Público. Organização, Atribuições e Regime Jurídico. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 301-302 e 617.

sistema acusatório e a imparcialidade do Poder Judiciário, sendo digna de encômios. O grande desafio a ser enfrentado pelos Ministérios Públicos dos Estados encontra-se na necessidade de construir um modelo de revisão dos arquivamentos que seja não só efetivo, permitindo uma ampla e visceral análise das razões adotadas pelos órgãos de execução, como viável sob a ótica operativa. Assim que a nova redação do art. 28 do CPP começar a produzir efeitos, a intermediação do Poder Judiciário deixará de existir e todos os arquivamentos carecerão de homologação pelo órgão de revisão, o Procurador-Geral de Justiça, ao menos até que a respectiva lei orgânica estadual seja alterada, deslocando essa atribuição para órgão diverso. Para que o volume de serviço não torne o controle interno meramente simbólico, seria de bom alvitre a adoção de um modelo escalonado, de viés difuso-concentrado, no qual a avaliação inicial seria realizada pelos Procuradores de Justiça, encaminhando-se à Chefia Institucional apenas os casos em que ocorresse a negativa de homologação.

5. Referências bibliográficas

GARCIA, Emerson. Interpretação Constitucional. A resolução das conflitualidades intrínsecas da norma constitucional. São Paulo: Atlas, 2015.
__________. Ministério Público. Organização, Atribuições e Regime Jurídico. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LOPES JR, Aury. Sistemas de investigação preliminar no processo penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

POLASTRI, Marcellus. Curso de Processo Penal. 9º ed. Brasilia: Gazeta Jurídica, 2016.

PRADO, Geraldo. Sistema Acusatório. A Conformidade Constitucional das leis Processuais Penais. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

TORNAGHI, Hélio. Instituições de Processo Penal, 2º vol. São Paulo: Saraiva, 1977.

REFLEXOS DA LEI 13.694/2019 NO COMBATE A CRIMES DE VIOLÊNCIA DE GÊNERO CONTRA A MULHER

Fernanda da Silva Soares[1]
Juliana Gonçalves Krause[2]
Mariana Seifert Bazzo[3]

SUMÁRIO

RESUMO

O presente trabalho pretende analisar a impossibilidade de aplicação do acordo de não persecução penal, introduzido no artigo 28-A, do Código de Processo Penal, através da Lei nº 13.964/2019, nos delitos praticados contra mulher, por razão da condição de sexo feminino, ainda que não ocorra no âmbito da Lei Maria da Penha. Para tanto, faz-se necessário apresentar notas introdutórias acerca do Pacote Anticrime, instrumento legislativo que inseriu legal-

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

1 Mestranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Pós-graduada em Direito Penal Econômico pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado do Paraná desde o ano de 2008.

2 Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado do Paraná desde o ano de 2008.

3 Mestra em "Estudos sobre Mulheres – Gênero, Cidadania e Desenvolvimento" pela Universidade Aberta de Portugal (2018). Pós-graduada em Justiça Europeia dos Direitos do Homem pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal (2008). Promotora de Justiça no Ministério Público do Estado do Paraná desde o ano de 2004. Autora de diversos artigos relacionados ao tema da violência contra a mulher e direitos humanos e do livro "Crimes contra Mulheres: Lei Maria da Penha, Crimes Sexuais e Feminicídio" (Juspodium 2020). Professora de Curso de Pós-Graduação de Direito de Família e Sucessões da Universidade Estadual de Londrina.

mente o acordo de não persecução penal no ordenamento jurídico brasileiro. Posteriormente, analisar-se-ão os principais aspectos do acordo de não persecução penal e a violência de gênero, suas vedações e eventuais possibilidades. Na sequência, serão analisados os crimes de importunação sexual e de assédio sexual e a (im)possibilidade de oferta de acordo de não persecução penal aos citados crimes quando a vítima for mulher e os delitos foram praticados por razões da condição do sexo feminino.

PALAVRAS-CHAVE: Pacote Anticrime, Acordo de não persecução penal; Violência de Gênero; Crime de Importunação Sexual; Crime de Assédio-Sexual.

1. Introdução

Apesar do avanço no enfrentamento à violência de gênero, em razão, sobretudo, de movimentos feministas e outros movimentos sociais, este problema nunca esteve perto de ser erradicado. Ao contrário, conforme demonstra o Atlas da Violência, publicado em 2019 pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), verificou-se crescimento expressivo de 30,7% no número de homicídios de mulheres no país durante a última década, assim como no último ano, que registrou aumento de 6,3% em relação ao anterior[4].

O denominado "Pacote Anticrime", recentemente criado pela Lei nº 13.694/2019, apresentado pelo Ministério da Justiça e da Segurança Pública como alternativa à redução da criminalidade, dentre outros mecanismos, incluiu no Código de Processo Penal, o art.28-A, que insere o acordo de não persecução, novo mecanismo de solução consensual no âmbito criminal.

O objetivo principal deste trabalho consiste em analisar o instituto do acordo de não persecução penal, especificamente o requisito objetivo, previsto no artigo 28-A, § 2º, inciso IV do Código de Processo Penal e consequente impossibilidade de aplicação do acordo nas hipóteses dos crimes sexuais de importunação sexual e assédio sexual, descritos nos artigos 215-A e 216-A do Código Penal.

Sobretudo, pretende-se demonstrar que apesar de o sujeito passivo dos referidos crimes não se tratar exclusivamente de mulher, tratam-se de crimes praticados, na maciça maioria, por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor.

Assim, evidentemente que eventual entendimento no sentido da possibilidade de aplicação do acordo de não persecução penal aos referidos crimes representaria um movimento de produção da violência de gênero chancelado

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

4 Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/Atlas da violência2019.Acesso em 12 de agosto de 2020.

pelo próprio Estado, a contribuir para o aumento dos índices inicialmente expostos.

2.1. Lei 13.694/2019 (Pacote Anticrime): considerações iniciais.

Como já mencionado, o denominado 'Pacote Anticrime', recentemente criado pela Lei nº 13694/2019, alterou o Código Penal, o Código de Processo Penal, a Lei de Crimes Hediondos, a Lei de Execuções Penais, Código Eleitoral e Código de Processo Penal Militar.

As alterações promovidas pela referida lei representam nítida intenção de reforma na estrutura do ordenamento penal brasileiro e no sistema da nossa justiça criminal.

A nova lei resulta de uma confluência entre o Projeto de Lei nº 882/2019, desenvolvido pelo então ministro Sérgio Moro, e o Projeto de Lei nº 10.372/2018, elaborado por uma comissão presidida pelo ministro Alexandre de Moraes.

Ao mesmo tempo que prevê normas penais e processuais penais de caráter recrudescedor, um dos seus principais pontos é a previsão no artigo 28-A do Código de Processo Penal de mais um instituto de justiça criminal negocial: o acordo de não persecução criminal.

Como justificativa para a previsão deste novo modelo negocial, afirma-se que o sistema de investigação criminal brasileiro não vai bem. Mudanças no sistema de repressão reativo (tradicional ostensivo) urgem. Sabe-se que desde a década de 60 do século XX esse modelo não funciona. O 'coração' das polícias modernas chama-se inteligência, investigação e informação. Assim, a fim de se buscar um sistema mais eficiente, eficaz e adequado é que surgiu o acordo de não persecução criminal. Como isso, estabelecem-se prioridades, prosseguindo-se na persecução criminal apenas em relação aos casos mais graves e relevantes. E aí repousam, dentre outros, os crimes de gênero.

Como é cediço, três reformas específicas despontam como as grandes conquistas dos feminismos: a Lei Maria da Penha, a reforma do Título VI do Código Penal, referente aos crimes sexuais, e a criação da figura do feminicídio.

Não obstante as recentes conquistas, há muito que se buscar e, por evidente, que eventual admissão de qualquer modelo negocial quando da prática de crimes envolvendo violência de gênero contra mulher se trataria de retrocesso.

2.2 Acordo de Não Persecução Penal e Violência de Gênero contra a Mulher: Vedações e Possibilidades

Como já mencionado, previu no artigo 28-A do Código de Processo Penal que não sendo o caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstanciadamente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público pode propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante o cumprimento de condições tais como reparação do dano, quando possível, prestação de serviços à comunidade ou pecuniária, dentre outras, nos termos dos incisos I a V.

O parágrafo 2o do art. 28-A dispõe que a proposta do acordo não será formulada pelo Ministério Público, entre outras hipóteses, "nos crimes praticados no âmbito da violência doméstica e familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor".

Assim, o legislador optou por vedar o acordo de não persecução penal em duas hipóteses, quando o delito for cometido: (i) no âmbito de violência doméstica ou familiar; e (ii) contra mulher por razões da condição de sexo feminino.

A primeira hipótese envolve todos os crimes praticados no contexto doméstico, ou seja, abrange todos os delitos que envolvam pessoas (não importando o gênero) que convivam num mesmo lugar. Já com relação aos crimes cometidos no âmbito familiar, leva-se em consideração – não o espaço físico - mas as relações de parentesco existentes entre os envolvidos, ainda que não residam juntos.

A segunda hipótese de vedação do acordo de não persecução penal, prevista no inciso IV, § 2º, do artigo 28-A, do Código de Processo Penal, diz respeito aos delitos cometidos contra mulher por razão da condição de sexo feminino, em favor do agressor.

Esta segunda hipótese merece especial atenção, uma vez que a despeito dos crimes de importunação e abuso sexual poderem ser praticados contra vítimas do sexo masculino, revela, na essência, a motivação de gênero para sua prática.

Há que mencionar que apesar de desde o ano de 1990 ter-se observado importante avanço legislativo no que pertine ao tratamento de questões voltadas ao gênero feminino, há que ficarmos muito atentos à efetiva e correta aplicação dessas leis, sobretudo no intuito e necessidade de imprimir efetivo caráter repressor aos delitos de gênero.

Esse arcabouço legislativo com o escopo de especialmente garantir direitos a mulheres em situação de violência (importante relembrar que parte dessas figuras típicas foram criadas há menos de uma década) merece efetiva punição, não podendo conceber eventual involução no processo de conquista de direitos.

Ou seja, ao contrário do direito penal como um todo, que caminha para uma menor intervenção, os crimes de gênero, aqui em especial de importunação e abuso sexual, não se encaixam aos fundamentos que justificam o oferecimento do acordo de não persecução criminal.

Somente uma análise a partir da teoria feminista do Direito é capaz de evidenciar a cruel, enorme e injusta desigualdade econômica, social, política e cultural existente entre os sexos, descortinando não só a existência da iniquidade, como também apontando para a exigência de uma elaboração, interpretação e aplicação da lei que não a reproduza, intensifique ou desconsidere (BIANCHINI, BAZZO, CHAKIAN, 2019).

2.2.1. Crime de Importunação Sexual e a (im) possibilidade de oferta de acordo de não persecução penal

No ano de 2017, condutas que se enquadram no atual crime de importunação sexual ganharam visibilidade pública da sociedade, quando foi divulgado na ampla mídia que o r. juiz do Foro Central Criminal da Capital de São Paulo decidiu por relaxar a prisão de homem que, um dia antes, havia ejaculado no pescoço de mulher que se utilizava do transporte público da cidade[5]. Na época, o ato estava enquadrado como a contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor, ainda estava prevista no já revogado artigo 61 do Decreto Lei nº 3.688/1941 (Lei das Contravenções Penais), cuja pena era o pagamento de multa de duzentos mil réis a dois contos de réis (moeda brasileira da década de 1940):

> Art. 61. Importunar alguém, em lugar público ou acessível ao público, de modo ofensivo ao pudor:
>
> Pena – multa, de duzentos mil réis a dois contos de réis. (Revogado pela Lei nº 13.718, de 2018)

O mesmo autor do delito, após alguns dias, novamente esfregou seu pênis em outra mulher que se utilizava do transporte público, tornando clara a necessidade de um maior apenamento para prevenção desse tipo de comportamento e outros semelhantes. Há que se dizer, que, assim como a referida decisão, agora especialmente projetada na imprensa[6], essa era a tendência, há muitos anos, da jurisprudência pátria:

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

5 Conforme demonstra Ata de Audiência nos autos de prisão em flagrante n. 0076565-59.2017.8.26.0050, inteiramente transcrita em GRILLO, 2017.

6 O caso chegou a ocupar espaço no programa televisivo “Fantástico”, exibido em 03 set. 2017, um dos programas de maior audiência no Brasil. (FANTÁSTICO, 2017)

> APELAÇÃO - PENAL - ESTUPRO - PRETENDIDA DESCLASSIFICAÇÃO PARA A CONTRAVENÇÃO PENAL DE IMPORTUNAÇÃO OFENSIVA AO PUDOR - AUSÊNCIA DE VIOLÊNCIA OU GRAVE AMEAÇA - PROVIMENTO.
>
> A desclassificação do crime de estupro (art. 213, do Código Penal) para o delito de importunação ofensiva ao pudor é medida de rigor ante a não comprovação da violência ou grave ameaça exigidos para a configuração do crime mais grave. Apelação defensiva a que se dá provimento com base no acervo probatório, para o fim de desclassificar a conduta imputada.
>
> (TJ/MS, Segunda Câmara Criminal, APL 0009599-64.2011.8.12.0002, Relator Desembargador Carlos Eduardo Contar, j. 05.11.2012, DJ 16.01.2013)
>
> EMBARGOS INFRINGENTES - ESTUPRO DE VULNERÁVEL - DESCLASSIFICAÇÃO PARA CONTRAVENÇÃO PENAL DE IMPORTUNAÇÃO OFENSIVA AO PUDOR - NECESSIDADE - EXTREMA GRAVIDADE DA CONDUTA NÃO VERIFICADA.
>
> Não se revestindo a conduta do réu de extrema gravidade, a ponto de justificar a sua condenação pelo crime de estupro de vulnerável, a desclassificação para a contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor é medida de rigor.
>
> (TJ/MG, Quinta Câmara Criminal, Emb Infringentes e de Nulidade 0028305-02.2011.8.13.0024, Relator Desembargador Eduardo Machado, j. 16.09.2014, DJ 25.09.2014)

O referido crime, sem o uso de violência física e grave ameaça, era comum por meio de atos de apalpadelas, beijos roubados, lambidas, encoxadas, entre outros dessa natureza e não recebia até o momento qualquer apenamento efetivo:

> “Ao mesmo tempo em que se banalizava o ato como mera contravenção penal, em outras aná-

> lises, um beijo forçado poderia ser até considerado o gravíssimo crime de estupro com penas que variam entre 6 e 10 anos de reclusão. Nesse sentido: https://mdemulher.abril.com.br/estilo-de-vida/beijo-forcado-esta-sendo-caracterizado-como-estupro-em-pernambuco/.
>
> [...] E é, justamente, o princípio da proibição da proteção deficiente — derivado do princípio da proporcionalidade — que está sendo violado com o desequilíbrio hodiernamente verificado entre a gravidade dos abusos sexuais relatados e a branda pena que lhe são impostas. [...] A partir desta escorreita definição, percebemos, à luz dos princípios que regem o direito penal, notadamente o princípio da legalidade, que a única forma de se corrigir o equívoco em análise será através de uma reforma legislativa, implantando-se no ordenamento jurídico tipo penal intermediário, a contemplar as situações infracionais narradas, que de um lado não se amoldam à gravidade e à hediondez do crime de estupro e de outro não configuraram apenas contravenção penal punida exclusivamente com multa. (SANTOS; ELIAS, 2017)

Em atenta crítica social feita a um Direito de matriz masculina[7], graças à pressão dos movimentos de mulheres, após cerca de um ano do episódio do ônibus acima descrito, por meio da Lei nº 13.718/2018, entra em vigor o tipo penal da importunação sexual, no artigo 215-A do CP, visando a sanar a lacuna legislativa que dificultava o enquadramento de determinadas condutas, como os divulgados abusos nos espaços públicos e meios de transportes coletivos: "beijos", "encoxadas", "lambidas", "apalpadas" e até "ejaculação", eis que muito pouco apenada se amoldada à contravenção de importunação ofensiva ao pudor; infração de menor potencial ofensivo, com previsão de pena ínfima; e exageradamente punida se enquadrada como crime de estupro, de natureza hedionda, cuja pena prevista é de seis a dez anos de reclusão. Assim, para condutas praticadas após o início da vigência da Lei 13.718/2018, foi criado

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

7 "O Direito Penal como supranalisado é dirigido especialmente aos homens enquanto operadores de papéis na esfera (pública) de produção material. O seu gênero, do ponto de vista simbólico, é masculino". (BARATTA, 1999, p. 46)

o crime:

> Art. 215-A. Praticar contra alguém e sem a sua anuência, ato libidinoso com o objetivo de satisfazer a própria lascívia ou a de terceiro:
>
> Pena – reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, se o ato não constitui crime mais grave.

Com a nova Lei, revoga-se expressamente a contravenção da importunação ofensiva ao pudor, definida no artigo 61 da Lei das Contravenções Penais, em que pese ainda seja válida a capitulação mais benéfica para os casos de crimes praticados anteriormente à Lei nº 13.718/2018, pelo princípio da ultratividade da lei vigente na época dos fatos.

> Ao optar pela expressão *praticar contra*, preocupou-se o legislador em abranger todas essas modalidades, sem conflitar com o tipo penal do ato obsceno, que se configura quando o autor o pratica em local aberto ou exposto ao público, mas não *contra* pessoa determinada. A utilização da expressão *sem a sua anuência* também diferencia a importunação sexual do crime de estupro, onde há exigência de emprego de violência ou grave ameaça, além de haver menção expressa de que o tipo penal será subsidiário, caso o ato constitua crime mais grave. O legislador não omite que o tipo penal foi pensado em resposta aos casos concretos que ganharam forte repercussão na mídia no ano de 2017, circunstância que alimenta o discurso de que, mais uma vez, o legislativo teria cedido ao populismo penal. Mas não há como ignorar que, há tempos, prevalecia nessas situações concretas a sensação de proteção deficiente do Estado, diante da falta de resposta adequada e impunidade dos autores e, como consequência, pode-se falar na falta de prevenção do crime. (BAZZO, BIANCHINI, CHAKIAN, 2020, p. 217)

O novo tipo penal intermediário seguiu o exemplo do Direito comparado, em legislações penais de diversos países desenvolvidos, como é o caso das

leis penais portuguesa[8] e espanhola[9].

Feitas essas considerações sobre o importante avanço legislativo para fins de combate à violência de gênero contra a mulher, repisa-se que a Lei nº 13.964/19 previu no artigo 28-A que, não sendo o caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstanciadamente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público pode propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante o cumprimento de condições tais como reparação do dano, quando possível, prestação de serviços à comunidade ou pecuniária, dentre outras, nos termos dos incisos I a V.

Conforme já citado no item 2.2 desse artigo, o parágrafo 2o do art. 28-A dispõe que a proposta do acordo não será formulada pelo Ministério Público, entre outras hipóteses, "nos crimes praticados no âmbito da violência doméstica e familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor".

Feita a contextualização da promulgação de tal lei protetiva, evidente que se trata de crime contra mulher por razões da condição de sexo feminino, ainda que não ocorra no âmbito da lei Maria da Penha, ou seja, praticado por pessoa com a vítima tenha relação de parentesco ou afeto:

> Portanto entendemos que ao vedar a possibilidade do acordo de não persecução penal para crimes praticados por razões da condição do sexo feminino, leia-se, por circunstâncias de gênero, o legislador também criou a impossibilidade para o delito da importunação sexual do artigo 215-A do CP. A uma, porque se trata de conduta criminosa que, a despeito de poder ser praticada em face de vítimas do sexo masculino, revela, na sua essência, a motivação de gênero para sua prática. Prova disso são as estatísticas desse tipo de comportamento que, como já mencionado, sempre contou com a justificativa da dominação históri-

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

8 "Artigo 170.o Importunação sexual: Quem importunar outra pessoa praticando perante ela actos de carácter exibicionista ou constrangendo-a a contacto de natureza sexual é punido com pena de prisão até um ano ou com pena de multa até 120 dias, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal."

9 "Artículo 178. El que atentare contra la libertad sexual de otra persona, utilizando violencia o intimidación, será castigado como responsable de agresión sexual con la pena de prisión de uno a cinco años."

> ca masculina sobre o corpo feminino, com o incremento da impunidade. A duas, porque quando no caput do artigo 28-A o legislador permite a possibilidade do acordo de não persecução penal apenas para a "prática de infração penal sem violência ou grave ameaça", não restringe o tipo de violência à modalidade física. No caso da importunação sexual, entendemos estar presente a violência moral, que atenta contra a dignidade sexual, aviltando-a e causando traumas na vítima que podem se manifestar a curto ou longo prazo (BAZZO, BIANCHINI, CHAKIAN, 2020, p.217).

Entendimento em sentido diverso, ou mesmo eventual arguição de inconstitucionalidade do dispositivo por suposto caráter discriminatório, ao utilizar a vítima como critério para tratamento processual penal diferenciado, devem ser de antemão rechaçados.

Consoante demonstrado anteriormente, a violência de gênero é preocupação que assola a sociedade brasileira há tempos. Não por outro motivo, após incessantes lutas por parte dos movimentos femininos, a proteção à mulher ganhou espaço na agenda, e uma crescente produção legislativa.

A violência de gênero, nas palavras de BIANCHINI, BAZZO CHAKIAN (2019, p.273):

> "pode ser definida a partir das seguintes características: 1. ela decorre de uma relação de poder de dominação do homem e de submissão da mulher; 2. esta relação de poder advém dos papéis impostos às mulheres e aos homens, reforçados pela ideologia patriarcal, os quais induzem relações violentas entre os sexos, já que calcados em uma hierarquia de poder; 3. a violência perpassa a relação pessoal entre homem e mulher, podendo ser encontrada também nas instituições, nas estruturas, nas práticas cotidianas, nos rituais, ou seja, em tudo que constitui as relações sociais."

O conceito de violência, por sua vez, deve ser considerado em sentido amplo, podendo se manifestar nas mais variadas formas: física, intrafamiliar, doméstica, psicológica/moral, sexual, econômica/financeira,

patrimonial, etc,[10].

O Superior Tribunal de Justiça reconhece a violência de gênero como:

> "Ação ou omissão baseada no gênero é aquela praticada pelo sujeito ativo contra a mulher que revele uma concepção de dominação, de poder, em que aquele pode se mostrar tão poderoso e superior, que exige submissão do outro, chegando até mesmo a se considerar dono do corpo e da mente do sujeito passivo, em evidente situação de "machismo""[11].

Portanto, todo o delito que for praticado com discriminação à condição feminina, pautado numa relação de poder, de superioridade do homem em relação à mulher, deve ser amparado pelas políticas criminais de proteção de gênero.

Em relação ao delito de importunação sexual, outro não pode ser entendimento. Em que pese não se desconheça que os homens também podem ser vítimas desse delito, é fato notório e amplamente reconhecido que a grande maioria das vítimas são mulheres, e o são, justamente em virtude de menosprezo à condição de feminino, onde o autor do delito, reconhecendo-se socialmente superior, age imbuído do sentimento de dominação em relação à mulher. Reconhecida, portanto, a violência de gênero, resta, pois, afastada a possibilidade de oferecimento do acordo de não persecução penal nos termos do artigo 28-A parágrafo 2º , IV do Código de Processo Penal.

2.2.2 Crime de Assédio Sexual e a possibilidade de oferta de acordo de não persecução penal

Diversas condutas são nominadas como "assédio sexual", e, diante de um significado amplo e não exclusivamente penal, configura-se sempre que ocorre manifestação sexual ou sensual não consentida pela pessoa a quem ela se direciona. Nesse sentido, podem ser citadas: abordagens grosseiras, cantadas ofensivas, condutas que intimidem de alguma forma a vítima, todo ato com conotação sexual, ainda que sem contato físico.

Há que se ressaltar que o elemento determinante para a configuração de

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

10 ROSSI, Giovana. Os estereótipos de gênero e o mito da imparcialidade jurídica: Análise do discurso judicial no crime de estupro. -Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2015. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/134028>. Acesso em: 18 ago. 2020.

11 (STJ - AREsp: 1658396 GO 2020/0025177-4, Relator: Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Data de Publicação: DJ 29/06/2020)

referido crime é o não consentimento, ou seja, o assédio não se confunde com a paquera, quando há equilíbrio entre as partes, com busca de consentimento mútuo e recíproca aproximação.

Anteriormente à já citada Lei nº 13.718/2018, a contravenção penal da importunação ofensiva ao pudor, o revogado artigo 61 da Lei das Contravenções Penais traduzia como assédio conduta que fosse de abordagem grosseira, humilhante ou intimidadora, de conotação sexual e com dissenso da vítima, acompanhada ou não de toques íntimos. Atualmente, essas condutas se enquadram no artigo 215-A do Código Penal.

O assédio em sentido amplo pode configurar crime contra a honra como injúria ou difamação e ainda, ato obsceno, quando a conduta envolver utilização de gestos ou prática de atos de conotação sexual inadequados, nos termos do art. 233 do Código Penal:

> Art. 233. Praticar ato obsceno em lugar público ou aberto ou exposto ao público. Pena – detenção de três meses a um ano ou multa.

O assédio ainda pode ser conduta enquadrada até como estupro, quando envolver violência e grave ameaça, de acordo com a previsão do artigo 213 do Código Penal:

> Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso. Pena – reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.

Finalmente, no caso de violência presumida, condutas de assédio podem ser enquadradas no art. 217- A do Código Penal.

Entretanto, a figura típica correta e precisamente delimitada como "assédio sexual" é aquela em que o autor do constrangimento ocupa posição de superioridade hierárquica ou ascendência profissional em relação à vítima e a conduta tiver como objetivo a obtenção de favorecimento sexual, nos termos exatos do art. 216-A do Código Penal:

> Art. 216-A. Constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente de sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício do emprego, cargo ou função.
>
> Pena – detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos.

> [...]
>
> § 2º. A pena é aumentada em até um terço se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos.
>
> "Portanto, o assédio sexual, no sentido penal, tem caráter restrito a esse ambiente. Caso a hipótese não apresente os requisitos de condição hierárquica superior ou ascendência inerente ao exercício do emprego, cargo ou função, assim como o objetivo de favorecimento sexual, não há que se falar no tipo penal do artigo 216-A do Código Penal, mas pode, ainda assim, configurar alguma outra figura típica a cima citada. Isso porque os bens jurídicos que se pretende proteger nesse tipo penal são também específicos: a liberdade sexual e a não discriminação no local de trabalho". (BAZZO, BIANCHINI, CHAKIAN, 2020).
>
> Para BITENCOURT (2011, p. 77), no crime de assédio sexual,
>
> [...] destacam-se, fundamentalmente, quatro aspectos: a) *ação de constranger* (constranger é sempre ilegal ou indevido); b) *especial fim* (favores ou concessões libidinosos); c) *existência de uma relação* de superioridade ou ascendência; d) *abuso* dessa relação e posição privilegiada em relação à vítima.

O delito em tela apenas se perfaz se a vítima não concordar e se sentir intimidada com as propostas, havendo assim violação de bens jurídicos como dignidade, liberdade sexual, saúde, intimidade, segurança e bem-estar no ambiente do trabalho, direitos assegurados constitucionalmente e também em legislação internacional ratificada pelo Brasil.

Como a pena prevista é de 1 (um) a 2 (dois) anos de detenção, há autorização, em tese, da aplicação dos institutos despenalizadores da Lei nº 9.099/95, especificamente, a transação penal, sendo que, quando praticado contra vítima menor de 18 (dezoito) anos, a pena é aumentada em até um terço.

Assim como o crime de importunação sexual, a figura do assédio sexual se caracteriza como conduta criminosa por razões de gênero, afetando sobretudo a população feminina. A expressão *sexual harassment* foi introduzida

por Catharine Mackinnon em 1979, nos Estados Unidos e surgiu no mundo jurídico em 1980, quando a EEOC (*Equal Employment Oportunity Comission*), criada pela Carta dos Direitos Civis de 1964 e cujas normas a Suprema Corte Americana confere status de lei federal, o definiu como:

> [...] avanços sexuais indesejados, pedidos de favores sexuais e outras condutas verbais ou físicas de natureza sexual quando da submissão ou rejeição a essas condutas afetam, explícita ou implicitamente, o emprego de alguém, interferem injustificadamente com o desempenho do trabalho ou criam um ambiente de trabalho hostil, ofensivo ou intimidativo. (MARZAGÃO JR., 2006, p. 67)

Da mesma forma que a trajetória narrada no item anterior, sobre a criminalização da importunação sexual, essa legislação que envolve Direito e Estudos de Gênero também é fruto de projeção na mídia, pautas de movimentos sociais de mulheres e, finalmente, provoca ação do Poder Legislativo[12].

Nítido é o cenário de crime que envolve violência baseada no gênero, o histórico desse crime se contextualiza com a conquista cada vez maior do mercado de trabalho pela mulher, as quais começam a ser prejudicadas por homens que, a partir da superioridade hierárquica ou da função e de constrangimento, exigem vantagem sexual:

> “Existem muitos estudos e pesquisas sobre o assédio sexual contra a mulher no ambiente de trabalho, demonstrando que o assédio sexual é causador de impactos negativos nas vítimas, incluindo o desenvolvimento de transtornos de ansiedade, depressão, perda ou ganho de peso, dores de cabeça, estresse e distúrbios do sono. Isso sem contar a queda de rendimento profis-

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

12 Dentre os tipos de assédio, distingue-se o assédio moral, que não está restrito às relações laborais e, apesar de também atentar contra a dignidade da vítima, causando danos emocionais, não tem conotação sexual. Essa modalidade de assédio foi tipificada em 2002, em primeiro lugar no âmbito do direito administrativo da esfera municipal, com o advento da Lei nº 13.288/2002 do município de São Paulo, que depois foi replicada também em outros municípios e nos Estados. Não há tipificação dessa figura no Código Penal. Também o comportamento do assediador que faz insinuações de natureza sexual, indesejáveis, sem, contudo, ter o objetivo de obter favor sexual, mas sim de importunar a vítima, prejudicando todo o ambiente de trabalho, não é tipificado no Código Penal como assédio sexual, podendo configurar, eventualmente, outros crimes ou contravenções, a depender das circunstâncias.

> sional e a dificuldade de desenvolver plenamente seu potencial de trabalho". (CHAKIAN, 2019, p. 232). "Tais impactos estão relacionados ao que se convencionou chamar de custo social e também econômico da violência contra a mulher. De fato, no ambiente de trabalho o assédio se torna ainda mais nocivo para a vítima (daí a preocupação específica do nosso legislador penal), uma vez que representa ameaça ao meio de subsistência da vítima e consequentemente de seus dependentes". (BAZZO, BIANCHINI, CHAKIAN, 2020)

Como as demais formas de violência de gênero o assédio sexual se constitui um fenômeno sociocultural, "justificado" por um histórico de dominação da mulher pelo homem, que contou com o estímulo da invisibilidade e, via de consequência, impunidade por parte do sistema de justiça.

Conforme já citado no item 2.2 desse artigo, o parágrafo 2o do artigo 28-A dispõe que a proposta do acordo não será formulada pelo Ministério Público, entre outras hipóteses, "nos crimes praticados no âmbito da violência doméstica e familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor".

Feita a contextualização da promulgação de tal lei protetiva, evidente que se trata de crime contra mulher por razões da condição de sexo feminino e assim, novamente, entende-se que, ao vedar a possibilidade do acordo de não persecução penal para crimes praticados por razões da condição do sexo feminino, o legislador também criou a impossibilidade para o delito previsto no art. 216-A do Código Penal.

Neste aspecto, invocam-se as razões apresentadas no item 2.2.1[13], as quais, por questões didáticas não serão repetidas neste tópico, destaca-se apenas que a vedação legislativa em comento deve ser elogiada, uma vez que ao mesmo tempo em que reconhece a desigualdade de gênero, busca proteger a mulher, ao trazer hipótese que vai além do âmbito da "violência doméstica e familiar". Trata-se, portanto, de iniciativa louvável e que se encontra em consonância com a Constituição Federal.

3. Conclusão:

A luta contra a submissão, desvalorização e objetivação da mulher

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

13 Ressalvadas as observações referentes à violência e a vedação do caput do Artigo 28-A do Código de Processo Penal.

passou a fazer parte da agenda há poucos anos, em que pese a violência, movida apenas e tão somente pela condição de mulher da vítima, exista desde os primórdios da civilização. Graças aos trabalhos dos movimentos femininos, a inclusão do debate de gênero vem ganhando visibilidade e adeptos. Mas, ainda consiste numa batalha que se encontra em fase inicial, sendo necessárias muitas intervenções político-legislativas de caráter afirmativo para alteração do cenário nacional, hoje permeado pela violência de gênero.

Não por outro motivo, imprime-se um caráter repressor aos delitos de gênero (que contam com menos de dez anos de arcabouço legislativo), no intuito de garantir direitos para as mulheres em situação de violência.

Em sentido oposto, o direito penal vem sofrendo alterações, ganhando roupagem menos intervencionista e ampliando o espectro da justiça penal negocial. Neste contexto, a promulgação da Lei nº 13.964/19, trouxe efetivação para essas novas diretrizes, e dentre suas principais inovações, o acordo de não persecução penal, que caminha de mãos dadas com o atual perfil do direito penal brasileiro.

Em paralelo, surge para o Estado o desafio de coexistirem essas políticas criminais aparentemente excludentes. Enquanto o combate da violência de gênero exige cada vez mais um endurecimento das penas abstratamente cominadas a estes delitos; noutro vértice, a justiça penal negocial, ao menos aparentemente, parece flexibilizar o então rígido direito penal.

Neste cenário, ao vedar o acordo de não persecução penal para os crimes de gênero, andou bem o legislador. Efetivou maior proteção a mulher, ao estabelecer objetivamente a condição de mulher da vítima, como critério negativo para o acordo de não persecução penal. Ao tempo que para delitos com menor lesividade, oportunizou a justiça negocial.

Com isso, garantiu tratamento diferenciado em relação aos delitos praticados com violência de gênero, dentre eles a importunação sexual e o assédio, os quais reconhecidamente no presente artigo como sendo crimes praticados contra a mulher por razões de sexo feminino, mantendo a impossibilidade de aplicação da justiça penal negocial naquelas hipóteses, entendimento outrora reconhecido pela Lei n.11.340/06. Eventual posicionamento em sentido contrário, representaria, por certo, um retrocesso sem limites para o processo de conquista de direitos de igualdade de gênero.

4. Referências Bibliográficas

BARATTA, Alessandro. O paradigma do gênero: da questão criminal à questão humana. In: CAMPOS, Carmen Hein (Org.). Criminologia e feminismo. Porto Alegre: Sulina,1999.

BEM, Leonardo Schmitt; MARTINELLI, João Paulo. Acordo de não persecução penal. 1 ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020

BIANCHINI Alice, O feminicídio. Disponível em <http://www.professoraalice.jusbrasil.com.br/artigos/1713355 51/o-feminicidio>. Acesso em: 10 ago 2020.

BIANCHINI, Alice. Bazzo, Mariana. Chakian, Silvia. Crimes contra Mulheres. Salvador: JusPodivm, 2019.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal, 4: parte especial. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BITTENCOURT, Cesar Roberto. Parte especial: crimes contra a pessoa - Coleção Tratado de direito penal volume 2 – 20. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2020.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 28 jul 2020.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848/1940. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 28 jul. 2020.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.688/1941. Lei das Contravenções Penais. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3688.htm. Acesso em: 28 jul 2020.

BRASIL. Lei nº 10.224/2001. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, para dispor sobre o crime de assédio sexual e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LEIS_2001/L10224.htm. Acesso em: 28 jul 2020..

BRASIL. Lei nº 11.106/2005. Altera os arts. 148, 215, 216, 226, 227, 231 e acrescenta o art. 231-A ao Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11106.htm. Acesso em: 28 jul 2020.

BRASIL. Lei nº 11.340/2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discrimina-

ção contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm. Acesso em: 28 jul 2020.

BRASIL. Lei nº 13.104/2015. Altera o art. 121 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, para incluir o feminicídio no rol dos crimes hediondos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13104.htm. Acesso em: 28 jul 2020.

BRASIL. Lei nº 13.718/2018. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para tipificar os crimes de importunação sexual e de divulgação de cena de estupro, tornar pública incondicionada a natureza da ação penal dos crimes contra a liberdade sexual e dos crimes sexuais contra vulnerável, estabelecer causas de aumento de pena para esses crimes e definir como causas de aumento de pena o estupro coletivo e o estupro corretivo; e revoga dispositivo do Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941 (Lei das Contravenções Penais). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13718.htm. Acesso em: 28 jul 2020.

BRASIL. STF, Pleno, ADC 19/DF, Relator Ministro Marco Aurélio, j. 09.02.2012, DJe 28.04.2014.

BRASIL. STJ, Quinta Turma, HC 247.833/PB, Relator Ministro Jorge Mussi, j. 18.10.2012, DJe 05.11.2012.

BRASIL. STJ, Sexta Turma, REsp: 1658396 GO 2020/0025177-4, Relator: Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Data de Publicação: DJ 29/06/2020

BRASIL. TJ/MG, Quinta Câmara Criminal, Emb Infringentes e de Nulidade 0028305-02.2011.8.13.0024, Relator Desembargador Eduardo Machado, j. 16.09.2014, DJ 25.09.2014.

BRASIL. TJ/MS, Segunda Câmara Criminal, APL 0009599-64.2011.8.12.0002, Relator Desembargador Carlos Eduardo Contar, j. 05.11.2012, DJ 16.01.2013.
BRASIL. TJ/PI, Segunda Câmara Especializada Criminal, APR 0000568-54.2011.8.18.0066, Relatora Desembargadora Eulália Maria Pinheiro, j.

27.05.2015.

BRASIL. TJ/SP Décima Quinta Câmara de Direito Criminal, APL 0000767-42.2009.8.26.0028, Relator Desembargador Amado de Faria, j. 14.04.2011, DJ 29.04.2011.

BRASIL. TJ/SP, Nona Câmara de Direito Criminal, APL 0022892-35.2009.8.26.0050, Relator Desembargador Sérgio Coelho, j. 09.05.2013, DJ 14.05.2013.

BRASIL. TJ/SP, Primeira Câmara Criminal Extraordinária APL 0080906-17.2006.8.26.0050, Relator Desembargador Luis Augusto de Sampaio Arruda, j. 09.08.2013, DJ 20.08.2013.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Manual do Acordo de Não Persecução Penal À luz da Lei 13964/2019. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

FANTÁSTICO. Impunidade é regra no Brasil em casos de abuso sexual, revela levantamento. 03 set. 2017. Disponível em: http://g1.globo.com/fantastico/videos/t/edicoes/v/impunidade-e-regra-no-brasil-em-casos-de-abuso-sexual--mostra-estudo/6123487/. Acesso em: 20 mar. 2018.

GRILLO, Brenno. Ejacular em mulher constrange, mas não justifica prisão, diz juiz de São Paulo. Consultor jurídico, 31 ago. 2017. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2017-ago-31/ejacular-mulher-constrange-nao-justifica--prisao-juiz. Acesso em: 20 mar. 2018.

IG. Deputado quer criar “crime intermediário” entre estupro e importunação ao pudor. Ultimo Segundo, São Paulo, 05 set. 2017. Disponível em: http://ultimosegundo.ig.com.br/brasil/2017-09-05/lei-estupro-constrangimento-sexual.html. Acesso em: 22 jul 2020.

LISPECTOR, Clarice. Preciosidade. In: Laços de Família. Rio de Janeiro: Rocco, 1998.

MARSHALL UNIVERSITY. Women’s Center. What is the “Rape Culture?”. S.d. Disponível em: https://www.marshall.edu/wcenter/sexual-assault/rape-culture/. Acesso em: 13 nov. 2016.

MARZAGÃO JR., Laerte I. Assédio sexual e seu tratamento no direito penal. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

MELO, Débora. Caso de ejaculação em ônibus não configura estupro, afirma juiz. Carta Capital, 30 ago. 2017. Disponível em: https://www.cartacapital.com.br/sociedade/ejaculacao-em-onibus-nao-configura-estupro-afirma-juiz. Acesso em: 28 mar. 2018.

NIELSSON, Joice Graciele. O Retorno da Violenta Emoção e a Ofensa Patriarcalista ao Avanço dos Direitos Humanos das Mulheres. O Corpo Feminino como Território Biopolítico. Disponível em: https//www.core.ao.uk. Acesso em: 12 de agosto de 2020

NUCCI, Guilherme de Souza. Crimes contra a dignidade sexual. 5. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014b.

ONU. Recomendação Geral nº 19 do Comitê para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (1992). Disponível em: http://unhrt.pdhj.tl/por/violencia-contra-as-mulheres/. Acesso em: 26 jul. 2020.

ONU. Recomendação Geral nº 33 do Comitê para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (1992). Disponível em:https://assets-compromissoeatitude-ipg.sfo2.digitaloceanspaces.com/2016/02/Recomendacao-Geral-n33-Comite-CEDAW.pdf Acesso em: 10 ago 2020.

ONU. Recomendação Geral nº 35 do Comitê para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (1992). Disponível em: https://plataformamulheres.org.pt/recomendacao-geral-n-35-cedaw-ja-esta-traduzida/ Acesso em: 10 ago 2020.

ROSSI, Giovana. Os estereótipos de gênero e o mito da imparcialidade jurídica: Análise do discurso judicial no crime de estupro. Florianópolis, 2015. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/134028>. Acesso em: 18 ago. 2020.

O CONSENSO NA JUSTIÇA CRIMINAL: EXPANSÃO DOS INSTITUTOS E O ADVENTO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

Fernando Augusto Sormani Barbugiani[1]
Ellen Crissiane de Oliveira Cilião[2]

SUMÁRIO

RESUMO

É crescente no âmbito da justiça penal brasileira a inserção de mecanismos alternativos à persecução penal. Tal fato se deve em grande parte às constantes crises no sistema penal, especialmente no que diz respeito à morosidade e à ineficiência do sistema judiciário, somado à dificuldade nos meios de produção de provas, seja pela precariedade dos entes estatais responsáveis pela investigação criminal, seja pela complexidade dos crimes praticados. Diante disso, muito se tem discutido acerca da validade, eficiência e limites da aplicação dos institutos de consenso na justiça criminal. Assim, este trabalho, por meio de análise doutrinária e legislativa, visa pontuar os aspectos principioló-

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

1 Promotor de Justiça junto ao Ministério Público do Estado do Paraná desde 2004. Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (UEL).

2 Graduada em direito pela Universidade Norte do Paraná (UNOPAR) – Campus de Arapongas/PR. Pós-graduada em Direito e Processo Penal pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Ex-Assessora de Promotor junto ao MPPR (de outubro de 2015 a janeiro de 2018).

gicos fundamentais envolvidos, os mecanismos de consenso na justiça criminal presentes no ordenamento jurídico brasileiro, os argumentos contrários e favoráveis, e ao final verificar a viabilidade ou não e qual o melhor método de aplicação destes institutos.

PALAVRAS-CHAVE: Consenso; Justiça Criminal Negociada; Princípio da Obrigatoriedade; Colaboração Premiada; Acordo de Não Persecução Penal.

1. Introdução

Nos últimos anos a crise no sistema criminal brasileiro tem sido colocada em evidência, destacando-se a ineficiência e morosidade do Estado no que diz respeito à persecução penal. Diante deste cenário, é visível a tendência de expansão dos mecanismos de consenso na justiça criminal, na busca por melhores resultados.

Em que pese a tendência mundial seja a aplicação dessa justiça penal negocial, muito se tem discutido, em âmbito nacional, sobre a viabilidade da importação de instrumentos voltados a esta espécie de negociação, seja pelas peculiaridades do sistema acusatório adotado pelo direito penal brasileiro, seja pelo princípio da *obrigatoriedade* e seu consectário *indisponibilidade*, elementos centrais da ação penal pública.

Diante da controvérsia instalada, buscar-se-á demonstrar como se dá a aplicação dos institutos de direito penal consensual no Brasil, enfrentando a sua coexistência com os princípios da obrigatoriedade e indisponibilidade da ação penal pública.

Partir-se-á, portanto, da exposição dos princípios fundamentais que regem a ação penal pública: princípio da obrigatoriedade e princípio da indisponibilidade.

Em seguida, será analisada a expansão da prática consensual no direito penal brasileiro e os seus institutos.

Abrir-se-á, na sequência, análise do novo instituto: acordo de não persecução penal, sua origem, seus requisitos e peculiaridades.

Ao final, será ponderada a viabilidade e os limites de aplicação dos mecanismos de negociação criminal, frente ao cenário atual.

2. Ação penal pública: princípio da obrigatoriedade

O princípio da obrigatoriedade rege a ação penal de iniciativa pública. Isto significa que, sempre que presentes as condições da ação (prática de fato aparentemente criminoso, punibilidade concreta e justa causa), o Ministério Público tem o dever de oferecer denúncia[3].

Ao descrever o princípio da obrigatoriedade Eugênio Pacelli[4] salienta:

> Estar obrigado à promoção da ação penal significa dizer que não se reserva ao parquet qualquer juízo de discricionariedade, isto é, *não se atribui a ele qualquer liberdade de opção acerca da conveniência ou da oportunidade da iniciativa penal, quando constatada a presença de conduta delituosa, e desde que satisfeitas as condições da ação penal.* A obrigatoriedade da ação penal, portanto, diz respeito à vinculação do órgão do Ministério Público ao seu convencimento acerca dos fatos investigados, ou seja, significa apenas ausência de discricionariedade quanto à conveniência ou oportunidade da propositura da ação penal. (Destacou-se)

Pode-se concluir, portanto, que o Ministério Público possui um juízo de formação da *opinio delicti* vinculado e não discricionário, assim, havendo justa causa, a relação entre a infração penal e a propositura da ação penal é de obrigatoriedade[5].

O Ministério Público, não pode, portanto, e em tese, dispor da persecução penal sem ofender o interesse transindividual que inspira a criminalização de determinadas condutas. Utiliza-se da expressão “em tese”, pois tal princípio não obriga o *Parquet* a sustentar acusações vazias ou levianas, devendo seu agente ponderar sobre a suficiência dos elementos de convencimento apresentados (a “Justa Causa”), vez que também é um interesse de todos que inocentes não sejam processados e/ou responsabilizados.

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

3 LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 269.

4 PACELLI, Eugênio. Curso de Processo Penal. 21. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017, p. 78.

5 GRECO FILHO, Vicente. Manual de Processo Penal. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 127.

2.1. Consequência da obrigatoriedade: indisponibilidade

A indisponibilidade da ação penal pública, instrumento da persecução penal, é consequência lógica do princípio da obrigatoriedade, que, como visto, deriva da natureza do interesse tutelado pelo ramo criminal, pois se o Ministério Público, órgão responsável pela persecução penal, não pode deixar de ingressar com ação penal ao se deparar com a justa causa, pelo mesmo motivo não poderá desistir da ação, ou seja, dela dispor discricionariamente. Em outras palavras, ele não tem discricionariedade na persecução penal *in juditio*[6].

Traduz-se, tal princípio, no impedimento de o Ministério Público dispor da ação penal, ao passo que o princípio da obrigatoriedade estaria inequivocamente atingido caso se permitisse ao legitimado, que inicialmente estava obrigado a propor a ação penal, desistisse dela após a sua propositura. Trata-se, portanto, de reflexo da obrigatoriedade da ação penal pública incondicionada[7].

Em que pese o princípio da obrigatoriedade e seu consectário, princípio da indisponibilidade, sejam em regra aplicáveis à ação penal pública, existem hipóteses em que tais princípios são mitigados dando ensejo a mecanismos de solução consensual de conflitos criminais, o que será tratado em detalhes no item seguinte.

3. O consenso na justiça criminal e sua expansão

Inegavelmente o sistema de justiça penal enfrenta grave crise, ao passo que é incapaz de atingir seu objetivo de prevenção geral e especial e é ineficiente no que diz respeito à proteção das garantias do investigado. Por tais razões o sentimento transmitido à sociedade é de descrédito em relação à eficácia e à celeridade da justiça[8].

Percebe-se nitidamente a necessidade de criação de mecanismos capazes de assegurar no âmbito do processo penal a celeridade, ou seja, a rápida resposta estatal ao fato típico praticado, capaz de dinamizar a compreensão da legalidade a fim de proteger o princípio da prevenção, seja geral ou especial[9].

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

6 TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de Direito Processual Penal. 11. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 57.

7 PACELLI, Eugênio. Curso de Processo Penal. 21. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017, p. 79.

8 OLIVEIRA, Rafael Serra. Consenso no Processo Penal: uma alternativa para a crise do sistema criminal. São Paulo: Almedina, 2015, p. 11.

9 BRANDALISE, Rodrigo da Silva. Justiça Penal Negociada: negociação de sentença criminal e princípios processuais relevantes. Curitiba: Juruá, 2016, p. 41.

Nas palavras de Vinicius Gomes de Vasconcellos[10], a justiça criminal negocial conceitua-se como:

> (...) modelo que se pauta pela aceitação (consenso) de ambas as partes – acusação e defesa – a um acordo de colaboração processual com o afastamento do réu de sua posição de resistência, em regra impondo encerramento antecipado, abreviação, supressão integral ou de alguma fase do processo, fundamentalmente com o objetivo de facilitar a imposição de uma sanção penal com algum percentual de redução, o que caracteriza o benefício ao imputado em razão da renúncia ao devido transcorrer do processo penal com todas as garantias a ele inerentes.

Diante deste cenário, atualmente várias são as tentativas de se estabelecer um novo modelo de resposta ao delito, destacam-se no momento os mecanismos de consenso na justiça criminal.

Antes de adentrar na análise dos institutos, imperiosa é a abertura de parêntese para ressaltar que parte da doutrina diferencia a justiça consensuada da justiça negociada, a exemplo de Rogério Sanches Cunha[11], colocando o consenso como gênero do qual a justiça negociada seria espécie, ao lado da justiça restaurativa e justiça reparatória. Para o autor, na justiça restaurativa o procedimento de consenso envolve as próprias partes, por sua vez, a justiça reparatória ocorre por meio da conciliação promovida pelos órgãos integrantes do sistema penal, a exemplo da transação penal, enquanto na justiça negociada o agente e o órgão acusador firmam acordo quanto às consequências do crime, tal como ocorre na colaboração premiada e no acordo de não persecução penal.

Passa-se, portanto, à análise dos institutos de justiça consensual (gênero), leia-se: mecanismos de solução alternativa ao tradicional tramite processual penal.

3.1. Transação

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

10 VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. São Paulo: IBCCrim, 2015, p. 55.

11 CUNHA, Rogério Sanches. Manual de Direito Penal: Parte Geral. 7ª ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 456.

A transação penal surgiu no ordenamento jurídico brasileiro por imposição da Constituição Federal, que em seu artigo 98, inciso I, dispõe:

> Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:
>
> I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a *transação* e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau; (Destacou-se)

Posteriormente, a regulamentação dos juizados especiais e consequentemente da transação penal veio através da Lei n° 9.099/95. A possibilidade de transação penal é regrada pelo artigo 76 da referida lei.

Conforme ensina Guilherme de Souza Nucci[12], a transação envolve um acordo realizado entre o órgão acusador e o autor do fato, buscando-se a imposição de pena restritiva de direitos ou de multa (embora o autor se utilize da expressão pena restritiva ou de multa, trata-se de medidas alternativas, ao passo que, no Brasil, a transação não é considerada como um acordo de sentença), de forma imediata, sem o desenvolvimento do devido processo legal, a fim de evitar a discussão acerca da culpa e as consequências do litígio criminal.

Para Aury Lopes Jr.[13] o instituto representa uma relativização do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, na medida em que permite certa ponderação do Ministério Público. Segundo o autor, não se trata de total adesão aos princípios da oportunidade e conveniência na ação penal pública, mas pequena relativização da obrigatoriedade, posto que, desde que preenchidos os requisitos legais o Ministério Público deverá oferecer a transação penal.

Está-se diante, portanto, da primeira hipótese de mitigação do princípio da obrigatoriedade. Cuida-se também de mecanismo de consenso na justiça criminal, notadamente de natureza reparatória, utilizado nos juizados espe-

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

12 NUCCI, Guilherme de Souza. Leis Penais e Processuais Penais Comentadas: vol. 1. 8. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 474-475.

13 LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 701.

ciais criminais.

3.2. Suspensão Condicional do Processo

Conforme o art. 89, *caput*, da Lei nº 9.099/95, o Ministério Público ao oferecer a denúncia, poderá também apresentar proposta de suspensão condicional do processo, desde que atendidos os seguintes requisitos: pena mínima cominada igual ou inferior a um ano; que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime; presentes os demais requisitos para a suspensão condicional da pena.

Destaca-se que o instituto da suspensão condicional do processo é aplicável aos crimes abrangidos ou não pela Lei 9.099/95, conforme dispõe o seu artigo 89, desde que atendidos os requisitos do referido diploma.

Conforme o entendimento de Aury Lopes Jr.[14], não há supressão do princípio da indisponibilidade, mas apenas a sua mitigação, pois tradicionalmente o Ministério Público não poderia dispor da ação penal, transigindo ou acordando, contudo, continua sendo vedada a desistência pura e simples da ação, subsiste, portanto, o princípio da discricionariedade regrada neste caso, estando sujeita ao controle judicial.

Trata-se de mais um mecanismo de consenso no direito processual penal, ao passo que, havendo a aceitação e o cumprimento pelo réu das condições propostas pelo Ministério Público, ao final do prazo de suspensão (período de prova) será declarada extinta a punibilidade.

3.3 Parcelamento do Débito Tributário

O princípio da obrigatoriedade também encontra exceção nos crimes contra a ordem tributária, cedendo a mais uma hipótese de consenso na justiça criminal, uma vez que a Lei n° 9.340/96, em seu art. 83, §2° (incluído pela Lei nº 12.382/11), dispõe que o parcelamento do débito tributário suspende a pretensão punitiva do Estado, durante o período em que a pessoa física ou a pessoa jurídica relacionada com o agente dos crimes desta espécie estiver incluída no parcelamento, desde que este tenha sido formalizado antes do recebimento da denúncia.

A lei supramencionada não é a única a tratar do assunto. Ao longo dos anos vários outros diplomas se posicionaram no mesmo sentido.

A lei n° 10.684/03, em seu artigo 9°, passou a prever que seria suspensa a pretensão punitiva do Estado, no que se refere aos crimes previstos nos arts.

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

14 LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 707.

1º e 2º da Lei nº 8.137/92, e nos arts. 168-A e 337-A do Código Penal, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos crimes antes mencionados estivesse incluída no regime de parcelamento. Outrossim, a citada lei dispõe que a prescrição também fica suspensa durante esse período, e a punibilidade se extingue quando há o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais[15].

Não obstante, a Lei nº 11.941/2009, em seu art. 68, também representa exceção ao princípio da obrigatoriedade, pois dispõe que, nas hipóteses de crimes contra a ordem tributária, a pretensão punitiva fica suspensa ante a existência de parcelamento tributário, fazendo-se concluir que o Ministério Público não pode ajuizar ação penal enquanto pendente o parcelamento, uma vez ausente a justa causa, sendo inclusive causa de rejeição da denúncia se existente tal situação de suspensão da exigibilidade do débito[16].

3.4 Acordo de Leniência

O denominado acordo de leniência também pode ser considerado uma hipótese de consenso na justiça criminal. Contudo, ao se tratar deste instituto é necessária certa cautela. Explica-se.

O mais conhecido e mais utilizado (atualmente, principalmente nas infrações apuradas pela operação Lava Jato) acordo de leniência é o previsto pela Lei Anticorrupção (art. 16, Lei 12.846/13). Através deste instrumento, a pessoa jurídica cumpre uma série de obrigações em troca da isenção ou atenuação de sanções por parte do Estado. Trata-se de espécie de transação[17].

Embora não haja expressa proibição na utilização deste instrumento na esfera criminal, também não há regulamentação acerca de sua aplicação neste ramo do direito. Assim, a sua utilização, em regra, presta-se a mitigar a obrigatoriedade nos demais direitos transindividuais, com inegável repercussão na esfera criminal. Muitas vezes um mesmo fato dá ensejo ao acordo de leniência celebrado no âmbito administrativo (na maioria das vezes com a pessoa jurídica) e à colaboração premiada no que tange à prática criminal (cujo autor é pessoa física), o que não raro gera uma certa confusão entre os institutos.

De outro norte, o chamado programa de leniência previsto na Lei nº

---

15 Lima, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal: volume único. 5. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017, p. 237.

16 TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de Direito Processual Penal. 11. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 302.

17 SIMÃO, Valdir Moyses; VIANNA, Marcelo Pontes. O acordo de leniência na lei anticorrupção: histórico, desafios e perspectivas. São Paulo: Trevisan Editora, 2017, p. 39.

12.529/2011, possui previsão expressa quanto à sua aplicação em âmbito penal, vez que, nos termos do art. 87, a celebração de acordo de leniência, nos crimes tipificados na Lei nº 8.137/90, e nos demais crimes diretamente relacionados à prática de cartel, como por exemplo os tipificados na Lei nº 8.666/93, e os tipificados no art. 288 do Código Penal, suspende o curso do prazo prescricional e impede o oferecimento de denúncia em desfavor do agente beneficiário. Por fim, o seu parágrafo único dispõe que uma vez cumprido o acordo de leniência pelo agente, a punibilidade dos crimes antes mencionados é extinta automaticamente[18].

Segundo Nestor Távora[19], há exceção ao princípio da obrigatoriedade quando ocorrer o chamado acordo de leniência no curso de investigações de crimes contra a ordem econômica. Isso porque, leniência traduz-se na tolerância estatal, de modo que realizado o acordo o Ministério Público estará impedido de oferecer denúncia por crimes contra a ordem econômica.

Vinicius Gomes de Vasconcellos[20], destaca a profunda semelhança entre o denominado acordo de leniência e a colaboração premiada, ao passo que ambos se caracterizam como um acordo para colaboração em troca de benefícios.

3.5. Colaboração Premiada

A colaboração premiada é gênero do qual se derivam quatro espécies: i) delação premiada: na qual o sujeito além de confessar o seu envolvimento na prática delituosa, aponta as outras pessoas envolvidas no ilícito; ii) colaboração para libertação: o colaborador, para facilitar a libertação da vítima aponta o local onde ela está mantida; iii) colaboração para localização e recuperação de ativos: o colaborador indica os dados para a localização do produto ou proveito do delito, bem como de bens eventualmente envolvidos em crime de lavagem de capitais; iv) colaboração preventiva: a fim de evitar um crime ou impedir a sua continuidade, o colaborador presta informações importantes aos órgãos estatais responsáveis pela apuração de práticas penais[21].

No ordenamento jurídico brasileiro, o instituto da colaboração premiada está previsto nos seguintes diplomas legais: art. 159, §4º, do Código Penal;

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

18 Lima, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal: volume único. 5. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017, p. 239.

19 TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de Direito Processual Penal. 11. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 301-302.

20 VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Colaboração Premiada no Processo Penal. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 25.

21 ARAS, Vladmir. Lavagem de Dinheiro: Prevenção e Controle Penal. Organizadora: Carla Veríssimo de Carli. Porto Alegre: Editora Verbo Jurídico, 2011, p. 428.

art. 25, §2º, da Lei nº 7.492/86 (Lei de Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional); art. 8º, da Lei nº 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos); art. 16, da Lei nº 8.137/90 (Leis dos Crimes Contra a Ordem Tributária); art. 1º, §5º, da Lei nº 9.613/98 (Lei de Lavagem de Dinheiro); arts. 13 a 15 da Lei nº 9.807/99; art. 41, da Lei nº 11.343/06 (Lei Antidrogas); e arts. 4º a 7º da Lei nº 12.850/13 (Lei de Organização Criminosa)[22].

O art. 159, §4º, do Código Penal, prevê causa especial de redução de pena para o coautor do crime de extorsão mediante sequestro que colaborar com as autoridades a fim de facilitar a libertação da vítima, trata-se, portanto, de hipótese de delação premiada[23].

O art. 25, §2º, da Lei nº 7.429/86 (Lei de Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional), também cuida de hipótese de delação premiada, que beneficia com a redução de um a dois terços da pena o coautor ou participe que confessar espontaneamente e revelar toda a conspiração delituosa[24].

No que se refere à Lei nº 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos), o parágrafo único do art. 8º, prevê que o coautor do crime de associação criminosa, que tiver por finalidade a prática de crimes hediondos, terá reduzida a pena de um a dois terços, se denunciar à autoridade policial ou judicial o crime, para que seja desfeito o grupo. Trata-se, portanto, de hipótese de delação premiada[25].

A lei nº 8.137/90 (Lei de crimes contra a ordem tributária, econômica e relações de consumo), previa a possibilidade de redução de pena de um a dois terços em favor do coautor ou partícipe que através de confissão espontânea revelasse à autoridade policial ou judicial o conluio delituoso. Todavia, com o advento da Lei nº 12.529/2011, o benefício pode ser ainda maior, pois segundo o art. 87, parágrafo único da mencionada lei, desde que cumprido o acordo de leniência haverá a extinção da punibilidade[26].

Conforme dispõe a Lei nº 9.613/98 (Lei de Lavagem de Capitais) em seu art. 1º, §5º, o autor, coautor ou partícipe que colaborar espontaneamente com as autoridades, oferecendo esclarecimentos que conduzam à apuração de crimes e de sua autoria, ou colaborando com informações que levem à lo-

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

22 GONÇALVES, Vitor Eduardo Rios; coordenador Pedro Lenza. Legislação Penal Especial Esquematizado. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 807.

23 CUNHA, Rogério Sanches. Manual de Direito Penal: parte especial (arts. 121 ao 361). 9. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 318.

24 GONÇALVES, Vitor Eduardo Rios; coordenador Pedro Lenza. Legislação Penal Especial Esquematizado. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 807.

25 NUCCI, Guilherme de Souza. Leis Penais e Processuais Penais Comentadas: vol. 1. 8. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 448.

26 TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de Direito Processual Penal. 11. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 935.

calização de bens, direitos ou valores objeto do crime antecedente, poderá ser beneficiado com a redução de pena de um a dois terços e começará a cumpri-la em regime aberto ou semiaberto, poderá ter concedido o perdão judicial ou a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Poderá ser realizada a delação tanto na fase investigativa quanto na processual, desde que até a sentença[27].

A Lei nº 9.807/99 (proteção a vítimas e testemunhas), por sua vez, fraciona a admissibilidade do instituto em duas modalidades com base em requisitos e efeitos diversos. A hipótese de delação premiada prevista no art. 13, admite o perdão judicial que poderá ser concedido pelo magistrado de ofício, ou a requerimento das partes, desde que o delator seja primário e colabore de maneira efetiva e voluntária com a investigação, a fim de que resulte: na identificação dos demais coautores ou partícipes; na localização da vítima, com sua integridade física preservada; na recuperação total ou parcial do produto do crime. Já a hipótese de delação prevista no art. 14, admite a redução de pena de um a dois terços para o indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente nos mesmos termos do artigo antecedente, contudo, terá aplicação ao delator que não atender os requisitos como primariedade e personalidade favorável[28].

Não obstante, a Lei nº 11.343/06 (Lei de Drogas) dispõe que terá reduzida a pena de um a dois terços, o indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação e o processo criminal na identificação dos demais coautores ou participes do crime e na recuperação total ou parcial do produto do crime[29].

Por fim, a Lei nº 12.850/13, trouxe à tona uma modalidade conhecida como plea bargaining, muito utilizada nos Estados Unidos da América. A lei em comento tem como objetivo instituir uma modalidade de negociação penal, flexibilizando parcialmente o princípio da obrigatoriedade da ação penal, com traços mais complexos do que os da transação penal, da Lei nº 9.099/95[30].

Nesta senda, a fim de melhor compreender a origem deste instituto, é conveniente trazer à baila a ilustre explicação de Masson e Marçal[31]:

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

27 CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal: Legislação Penal Especial: volume 4. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 579.

28 TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de Direito Processual Penal. 11. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 932-933.

29 Lima, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal: volume único. 5. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017, p. 788.

30 PACELLI, Eugênio. Curso de Processo Penal. 21. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017, p. 384.

31 MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinicius. Crime Organizado. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016, p. 75.

> Assim, inspirando-se na legislação premial italiana[32] de combate ao crime organizado, bem como na plea bargaining[33] – instrumento de política criminal característico do direito anglo-saxão –, o legislador brasileiro introduziu em nosso ordenamento jurídico o instituto da colaboração premiada (também batizada na doutrina de "delação premiada", "confissão delatória", "chamamento de corréu",[34] "negociação premial" etc.). (Notas de rodapé mantidas do texto original).

Imperiosa, no entanto, é a diferenciação entre a barganha e a colaboração premiada. Nesta a função principal é a incriminação de terceiros, ainda que dê causa à condenação do delator (em razão de sua confissão), naquela o reconhecimento da culpabilidade pelo investigado tem como finalidade a sua própria punição. De outro lado, a barganha permite, a partir da concordância do acusado, a imposição de pena ante a supressão do ordinário transcorrer do processo penal, já a colaboração premiada pressupõe meio de produção de prova, mantendo-se os demais termos da instrução e julgamento[35].

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

32 Em 1982, foi criada a Operação Mãos Limpas com a finalidade de restabelecer a ordem no país, por meio da contenção da violência e minimização da impunidade, fazendo-se nascer a Lei misure per la difesa dell ordinamento constituzionale, que instituiu a delação premiada e previu a extinção da punibilidade do colaborador e a sua proteção pelo Estado.

33 "A figura do supergrass inglês é muito semelhante a do pentito italiano, sendo basicamente o mesmo o seu tratamento. Por meio da plea bargaining, os imputados podem obter uma diminuição considerável da pena ao confessarem seus atos e aceitarem colaborar no processo, o que ocorre, de forma geral, por meio de um acordo com o representante da acusação pública, que abre mão do exercício da ação ou pede uma condenação mais branda do que a referente ao crime efetivamente praticado. A famosa figura das 'testemunhas da coroa' (crown witness) corresponde, nesse contexto, à hipótese em que o imputado perde definitivamente essa condição jurídica para adquirir uma outra, a de testemunha, em nome do interesse público" (LIMA, Márcio Barra. A colaboração premiada como instrumento constitucionalmente legítimo de auxílio à efetividade estatal de persecução criminal. Garantismo penal integral – questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil. Salvador: JusPodivm, 2010. p. 273). Para maiores detalhes sobre o instituto do plea bargaining, veja-se: GOMES, Marcus Alan de Melo. Culpabilidade e transação penal nos Juizados Especiais Criminais. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. p. 99-103.

34 Apesar de o nome "chamamento de corréu" eventualmente ser tratado como sinônimo de delação/colaboração premiada, "há quem defenda ser a chamada de corréu o ato pelo qual um comparsa denuncia antigos parceiros sem que, para isso, lhe dê o legislador recompensa legal, ou seja, seria a delação não premiada" (LIMA, Renato Brasileiro de. Legislação criminal especial comentada. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2014. p. 514).

35 VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Colaboração Premiada no Processo Penal. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 22.

Como bem assevera a abalizada doutrina, a Lei nº 12.850/13 disciplinou a colaboração premiada de maneira mais ampla e detalhada do que qualquer instituto da legislação brasileira, todavia, por não se encontrar respaldada em nossa cultura processual penal, pode apresentar problemas tendentes a inviabilizar a sua aplicação e eficiência no combate ao crime organizado[36].

Em suma, o juiz a requerimento das partes, poderá conceder o perdão judicial, reduzir até dois terços a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos, em favor de quem tenha efetivamente e de forma voluntária colaborado com a persecução penal, desde que esta colaboração resulte em algumas das hipóteses listadas no art. 4º, da Lei nº 12.850/13[37].

A lei 12.850/13, ao regrar a colaboração premiada dispõe sobre a possibilidade de o promotor de justiça deixar de oferecer denúncia, observados os seguintes requisitos (previstos no art. 4, §4º): i) desde que o colaborador não seja o líder da organização criminosa; ii) desde que seja o primeiro a prestar efetiva colaboração[38]. Destaca-se que essa colaboração só será possível se referir-se a infração de que o Ministério Público não tinha prévio conhecimento, de acordo com a nova redação do art. 4º, dada pela Lei 13.964/19 (Lei Anticrime).

Em suma, o instituto colaboração premiada nada mais é do que um acordo perpetrado entre acusador e defesa, cujo objetivo é refutar a resistência do réu, a fim de facilitar a investigação criminal em troca de benefícios em favor de quem colabora, mitigando as consequências penais da conduta criminosa[39].

4. Acordo de não persecução penal

Como é possível se verificar, ao longo dos últimos anos, vários foram os instrumentos consensuais inseridos na esfera criminal. Neste aspecto, diante das mudanças que se tem procurado fazer no direito processual penal, adveio o instituto denominado acordo de não persecução penal, espécie de pacto penal a ser firmado entre o Ministério Público e o agente autor do ato delituoso. Trata-se do instituto pátrio que mais se aproxima do já mencionado plea barganing.

Inicialmente o instituto aqui abordado fora introduzido em nosso or-

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

36 GRECO FILHO, Vicente. Comentários à Lei de Organização Criminosa: Lei nº 12.850/13. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 52.

37 LIMA, Renato Brasileiro de. Legislação Criminal Especial Comentada: volume único. 4. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 529.

38 DEZEM, Guilherme Madeira. Curso de Processo Penal [livro eletrônico]. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 87/88.

39 VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Colaboração Premiada no Processo Penal. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 62.

denamento pelo art. 18 da Resolução nº 181 do CNMP, que teve sua redação original alterada pela Resolução nº 183 do CNMP.

Em face da resolução em exame foram propostas as Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 5790 e 5793, a primeira pela Associação dos Magistrados Brasileiros, e a segunda pela Ordem dos Advogados do Brasil.

A ADI nº 5790[40] buscava o reconhecimento de inconstitucionalidade material da Resolução nº 181/2017 do CNMP, sob o argumento de que a previsão do acordo de não persecução penal acaba por usurpar a competência do Poder Judiciário para julgar e impor sanção.

De seu turno, a ADI nº 5793[41] utiliza-se do argumento que a resolução extrapolou seu poder regulamentar, na medida em que compete privativamente à União legislar sobre matéria processual e penal, e a contrário senso a resolução permitiu ao Ministério Público dispensar a ação penal, violando a indisponibilidade da ação penal pública, dentre outros princípios.

Ocorre que, com a inovação trazida pelo art. 28-A, do Código de Processo Penal, introduzido pela lei 13.964/19 (Lei Anticrime), as críticas ao Acordo de Não Persecução Penal não mais prosperam.

Como bem destaca Rogério Sanches Cunha[42]: “A violação da reserva legal, como se percebe, era o grande motivo de irresignação dos críticos. Agora, com a introdução do instituto no CPP, a crítica desaparece.”

Noutro giro, a crítica quanto à violação ao princípio da obrigatoriedade se esvai, na medida em que tal princípio se extrai do art. 24 do Código de Processo Penal, não possuindo status constitucional, de modo que outra lei ordinária pode ter o condão de lhe excepcionar, como já ocorre com outros institutos como a transação penal, acordo de leniência, colaboração premiada, etc[43].

A inovação legislativa manteve, em grande parte, os contornos delineados pela Resolução nº 181, alterada pelo Resolução 183 do CNMP[44].

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

40 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Magistrados questionam norma sobre investigação criminal pelo MP (ADI 5790). Disponível em < http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=358960>. Acesso em 19 de agosto de 2020.

41 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Norma de investigação criminal pelo Ministério Público é questionada pela OAB (ADI 5793). Disponível em < http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=359581>. Acesso em 19 de agosto de 2020.

42 CUNHA, Rogério Sanches. Pacote Anticrime: Lei 13.964/19: Comentários às alterações no CP, CPP e LEP. Salvador: Editora Juspodivm, 2020, p. 126.

43 LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal: volume único. 8ª ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2020, p. 277.

44 CUNHA, Rogério Sanches. Pacote Anticrime: Lei 13.964/19: Comentários às alterações no CP, CPP e LEP. Salvador: Editora Juspodivm, 2020, p. 126.

Este instituto, regulamentado agora pelo art. 28-A do Código de Processo Penal, embora seja de homologação judicial obrigatória, trata-se de negócio jurídico de natureza extrajudicial, a ser entabulado entre o Ministério Público e agente que tenha praticado o fato criminoso, assistido por seu advogado, sendo necessária a confissão formal e circunstancial da prática do crime, bem como a sujeição do agente ao cumprimento de determinadas condições, tendo como recompensa o não oferecimento da denúncia e ao final do cumprimento das condições ajustadas a extinção da punibilidade[45].

De acordo com a novel legislação, as condições para a concessão do acordo de não persecução penal são as seguintes:

> Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente: I) reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo; II) renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime; III) prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do art. 46 do Código Penal; IV) pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Código Penal, a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; ou; v) cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e

45 LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal: volume único. 8ª ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2020, p. 274.

> compatível com a infração penal imputada.

As hipóteses de não cabimento do acordo de não persecução penal estão previstas no §2º do art. 28-A, do Código de Processo Penal, são elas:

> I - se for cabível transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais, nos termos da lei; II - se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas; III - ter sido o agente beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo; e IV - nos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor.

Além das vedações expostas nos incisos transcritos acima, o acordo de não persecução penal é incabível nos delitos cometidos com violência ou ameaça à pessoa. Destaca-se que a violência capaz de impedir o benefício deste instituto é aquela inerente à conduta, não ao resultado. Assim, por exemplo, ao homicídio culposo é aplicável o acordo de não persecução penal[46].

O acordo de não persecução penal, como já mencionado, depende de homologação judicial a ser realizada em audiência, oportunidade em que o magistrado deve averiguar a voluntariedade do investigado, para tanto, este será ouvido na presença de seu defensor[47].

Cumpre observar que na audiência de homologação do acordo não estará presente o órgão ministerial, o que se justifica, pois, esta audiência possui a finalidade de verificar se o acordo foi firmado mediante algum tipo de constrangimento[48].

O juiz não está obrigado a homologar o acordo de não persecução penal. Assim, se ao receber o ajuste considerar inadequadas, insuficientes ou abusivas as suas disposições, deverá devolver os autos ao *Parquet* para que

46 CUNHA, Rogério Sanches. Pacote Anticrime: Lei 13.964/19: Comentários às alterações no CP, CPP e LEP. Salvador: Editora Juspodivm, 2020, p. 135.

47 NUCCI, Guilherme de Souza. Curso de Direito Processual Penal. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 384.

48 LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal: volume único. 8ª ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2020, p. 285.

proceda à reformulação da proposta do acordo, com a concordância do investigado e seu defensor[49].

Não obstante, caso não sejam realizadas as alterações ou se a proposta não observar os requisitos legais, poderá o juiz recusar a sua homologação, oportunidade em que devolverá os autos ao Ministério Público para que analise a necessidade de prosseguimento das investigações ou ofereça denúncia[50].

Caso o acordo seja homologado a sua execução será realizada perante o juízo das execuções penais. Contra a recusa à homologação cabe recurso em sentido estrito[51].

Havendo recusa no oferecimento da proposta por parte do Ministério Público, a doutrina[52] sugere a seguinte solução:

> Noutro giro, quando o órgão ministerial se recusar, injustificadamente, a oferecer a proposta do acordo de não-persecução penal, e o investigado tiver interesse na avença, este poderá requerer a remessa dos autos ao órgão superior, na forma do art. 28, *caput*, do CPP, com redação determinada pela Lei n. 13.964/19, remetendo a solução final da controvérsia ao Procurador-Geral de Justiça ou à respectiva Câmara de Coordenação e Revisão, à semelhança, aliás, do que já ocorre nos casos de recusa injustificada de oferecimento de proposta de transação penal e/ou suspensão condicional do processo (súmula n. 696 do STF). Nesse caso, a instância de revisão ministerial poderá adotar as seguintes providências: I – oferecer denúncia ou designar outro membro para oferecê-la; II – complementar as investigações ou designar outro membro para complementá-la; III – reformular a proposta de acordo de não persecução, para apreciação do investigado; IV – manter o acordo de não persecução, que vinculará

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

49 ALVES, Leonardo Barreto Moreira. Processo Penal: Parte Geral. 10ª ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2020, p. 114.

50 ALVES, Leonardo Barreto Moreira. Processo Penal: Parte Geral. 10ª ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2020, p. 114.

51 NUCCI, Guilherme de Souza. Curso de Direito Processual Penal. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 385.

52 LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal: volume único. 8ª ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2020, p. 286.

toda a Instituição.

Caso haja o fiel cumprimento das condições impostas no acordo de não persecução penal haverá a extinção da punibilidade. No entanto, havendo o descumprimento do acordo, deverá o Ministério Público requerer ao juiz a sua revogação para que seja possível o oferecimento da denúncia. Neste aspecto, em observância ao contraditório e à ampla defesa, o compromissário deverá ser chamado e ouvido antes da decisão, pois apenas o descumprimento injustificado gera a rescisão[53]

Tendo em vista que a execução do acordo de não persecução penal se dá perante o juízo de execuções penais, indeferindo o juiz o pedido de revogação do acordo formulado pelo Ministério Público, defende-se o cabimento de agravo em execução[54].

Por derradeiro, importante lembrar que o §11, do art. 28-A, do Código de Processo Penal anuncia que o descumprimento do acordo de não persecução penal pode ser utilizado pelo Ministério Público como justificativa para o não oferecimento do benefício de suspensão condicional do processo[55].

O acordo de não persecução penal, como instrumento da justiça consensual (gênero) de caráter negocial (espécie), cuja necessidade de implementação no âmbito do processo penal era inegável, certamente ensejará economia e celeridade processual, de modo que, com a devida atenção, resultará em uma tutela penal mais efetiva aos crimes que se enquadram neste sistema.[56]

5. Conclusão

Seguindo a tendência mundial, a justiça criminal consensual está em expansão no direito penal pátrio. Ocorre que a sua aplicação ainda suscita críticas, principalmente quando se colocam os institutos consensuais frente ao princípio da obrigatoriedade e seu consectário indisponibilidade.

Embora haja quem defenda o oposto, desde que o instituto de justiça consensual tenha previsão legal, não pode ele ser interpretado como violação aos princípios da obrigatoriedade e indisponibilidade da ação penal, mas apenas hipótese mitigação de tais princípios.

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

53 CUNHA, Rogério Sanches. Pacote Anticrime: Lei 13.964/19: Comentários às alterações no CP, CPP e LEP. Salvador: Editora Juspodivm, 2020, p. 138.

54 CUNHA, Rogério Sanches. Pacote Anticrime: Lei 13.964/19: Comentários às alterações no CP, CPP e LEP. Salvador: Editora Juspodivm, 2020, p. 138

55 CUNHA, Rogério Sanches. Pacote Anticrime: Lei 13.964/19: Comentários às alterações no CP, CPP e LEP. Salvador: Editora Juspodivm, 2020, p. 138.

56 CUNHA, Rogério Sanches. Pacote Anticrime: Lei 13.964/19: Comentários às alterações no CP, CPP e LEP. Salvador: Editora Juspodivm, 2020, p. 128.

Neste ponto são compreensíveis as críticas ao acordo de não persecução penal anteriores à sua regulamentação legal, diante da insegurança quanto à sua constitucionalidade, bem como da inicial ausência de controle judicial, o que fazia com que ele flertasse com o princípio da oportunidade, próprio da ação penal privada, em detrimento do princípio da obrigatoriedade.

Contudo, tendo havido a sua regulamentação no próprio Código de Processo Penal, introduzida pela Lei 13.964/19 (Lei Anticrime), não mais prosperam as críticas, sendo evidente a sua validade e utilidade prática como valioso instrumento a implementar a economia e celeridade processual.

Certamente a utilização indiscriminada dos mecanismos de negociação criminal não pode ser aceita, por óbvio as medidas devem ser previstas em lei, e muito bem direcionadas, de modo que não seja admitida a sua utilização como fator único e determinante para a resolução de demandas criminais.

Por todo o exposto, conclui-se que a aplicação do consenso na justiça criminal deve se dar na medida adequada, do ponto de vista legal e fático, constituindo-se em instrumento voltado para a celeridade e, acima de tudo, eficiência do processo penal, sem deixar de lado os princípios e garantias do sistema processual.

6. Referências

ALVES, Leonardo Barreto Moreira Alves. Processo Penal: Parte Geral. 6. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Ed. Juspodivm, 2016.

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. Processo Penal: Parte Geral. 10ª ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2020.

ANDRADE, Mauro Fonsesa; BRANDALISE, Rodrigo da Silva. Observações preliminares sobre o acordo de não persecução penal: da inconstitucionalidade à inconsistência. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, n. 37, p. 239-262, dez. 2017. Disponível em: < http://seer.ufrgs.br/revfacdir/article/view/77401/46266>. Acesso em: 31 de maio de 2018.

ARAS, Vladmir. Lavagem de Dinheiro: Prevenção e Controle Penal. Organizadora: Carla Veríssimo de Carli. Porto Alegre: Editora Verbo Jurídico, 2011.

BRANDALISE, Rodrigo da Silva. Justiça Penal Negociada: negociação de sentença criminal e princípios processuais relevantes. Curitiba: Juruá, 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Magistrados questionam norma sobre investigação criminal pelo MP (ADI 5790). Disponível em < http://www.stf.jus.

br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=358960>. Acesso em 19 de agosto de 2020.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Norma de investigação criminal pelo Ministério Público é questionada pela OAB (ADI 5793). Disponível em < http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=359581>. Acesso em 19 de agosto de 2020.

CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal: Legislação Penal Especial: volume 4. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CUNHA, Rogério Sanches. Manual de Direito Penal: Parte Especial (arts. 121 ao 361). 9. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2017.

CUNHA, Rogério Sanches. Manual de Direito Penal: Parte Geral. 7ª ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2019.

CUNHA, Rogério Sanches. Pacote Anticrime: Lei 13.964/19: Comentários às alterações no CP, CPP e LEP. Salvador: Editora Juspodivm, 2020.

DEZEM, Guilherme Madeira. Curso de Processo Penal [livro eletrônico]. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

GONÇALVES, Vitor Eduardo Rios; coordenador Pedro Lenza. Legislação Penal Especial Esquematizado. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

GRECO FILHO, Vicente. Comentários à Lei de Organização Criminosa: Lei nº 12.850/13. São Paulo: Saraiva, 2014.

GRECO FILHO, Vicente. Manual de Processo Penal. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

LIMA, Renato Brasileiro de. Legislação Criminal Especial Comentada: volume único. 4. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2016.

Lima, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal: volume único. 5. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal: volume único. 8ª ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2020.

LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinicius. Crime Organizado. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. Curso de Direito Processual Penal. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. Leis Penais e Processuais Penais Comentadas: vol. 1. 8. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

OLIVEIRA, Rafael Serra. Consenso no Processo Penal: uma alternativa para a crise do sistema criminal. São Paulo: Almedina, 2015.

PACELLI, Eugênio. Curso de Processo Penal. 21. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

SIMÃO, Valdir Moyses; VIANNA, Marcelo Pontes. O acordo de leniência na lei anticorrupção: histórico, desafios e perspectivas. São Paulo: Trevisan Editora, 2017.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de Direito Processual Penal. 11. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. São Paulo: IBCCrim, 2015.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Colaboração Premiada no Processo Penal. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL NO DIREITO PROCESSUAL PENAL COLETIVO E O "PACOTE ANTICRIME"

Gregório Assagra de Almeida[1]
Rafael de Oliveira Costa[2]

SUMÁRIO

RESUMO

O presente estudo é uma síntese das principais ideias defendidas pelos autores sobre o Direito Processual Penal Coletivo e o Acordo de Não Persecução Penal Coletivo (ANPPC). Sustenta-se ser necessário que, além das tutelas materiais e processuais penais coletivas, voltadas propriamente para os bens jurídico-penais coletivos em sentido amplo (combate à corrupção, à criminalidade organizada, à sonegação fiscal, aos crimes econômicos em geral, crimes esses que lesam a Pátria), sejam implantadas mudanças na atuação dos órgãos do Estado na área penal, destacando-se aqui a atuação do Ministério Público com atribuição criminal, pois é preciso que essa instituição revisite e revigore a atuação para que os seus membros atuem também coletivamente, por intermédio dos diversos mecanismos de tutela jurídica na área penal (inquérito civil, ação civil pública, termo de ajustamento de conduta), principalmente para combater os graves problemas relacionados com o sistema prisional e com a segurança pública em geral, sendo o Acordo de Não Persecução Penal Coletivo

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

1 Pós-doutor pela Syracuse University, New York, Estados Unidos, onde foi Visiting Scholar e bolsista Capes em estágio sênior. Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2006). Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais desde 1993.

2 Professor Visitante na Universidade da Califórnia-Berkeley. Professor Visitante na Wayne State University. Doutor e Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da UFMG. Promotor de Justiça no Estado de São Paulo.

instrumento indispensável para se atingir esse desiderato.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Processual Penal; Direitos Coletivos; Ação Penal Coletiva; Bens jurídicos coletivos.

1. Introdução

O presente estudo é uma síntese, aperfeiçoada em alguns pontos, das principais ideias defendidas pelos autores sobre o Direito Processual Penal Coletivo e o Acordo de Não Persecução Penal Coletivo (ANPPC).[3]

Os bens (direitos ou interesses) jurídicos penais, nessa concepção, dividem-se em individuais e coletivos, consoante consagrado na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que adota, em seu Título II, Capítulo I (Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos), no plano da tutela jurídica dos direitos e das garantias constitucionais fundamentais, uma nova *summa divisio* constitucionalizada, já apontada por um dos autores do artigo como uma nova dicotomia superadora, para fins de acesso à justiça, da divisão clássica entre Direito Público e Direito Privado.

A ideia de bens jurídico-penais (direitos ou interesses) coletivos que orienta e ampara este estudo leva em conta diversos fatores, tais como a titularidade material, a relevância para o indivíduo e para a sociedade, a (in) divisibilidade, as necessidades humanas, as situações de lesão e de ameaça, a disponibilidade, a complexidade e o caráter fragmentário.

Assim, além dos bens difusos e coletivos em sentido restrito, são considerados os bens penais coletivos por ficção jurídica (artificialmente coletivos ou coletivos no plano processual), nos termos do que dispõe o artigo 81, parágrafo único, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor, aqueles bens de titularidade individual, divisíveis, mas que são homogêneos em relação à conduta ou às condutas penais que os atingiram. A tutela penal coletiva, no caso, é de interesse social, pois, por seu intermédio, é possível diminuir a sobrecarga do Judiciário, combater a dispersão das vítimas e evitar decisões judiciais conflitantes, aplicando-se, para fins de denúncia via ação penal coletiva, o concurso material, formal, ou a continuidade delitiva, conforme o caso penal, quando presentes os requisitos previstos nos artigos 69, 70 e 71, do Código Penal.

Acrescenta-se, ainda, que os bens jurídico-penais (direitos ou interesses) coletivos, amplamente considerados, são concebidos como direitos funda-

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

3 ALMEIDA, Gregório Assagra de; COSTA, Rafael de Oliveira. Direito processual penal coletivo: a tutela penal dos bens jurídicos coletivos – direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

mentais coletivos que, em termos de tutela jurídica, possuem, por imposição da principiologia constitucional (art. 5º, § 1º, da CR/1988), aplicabilidade imediata. Essa diretriz constitucional, considerando a sua carga potencializada de eficácia normativa, obriga, incontestavelmente, o Estado a formatar, a organizar e a priorizar os procedimentos penais coletivos (isso inclui os procedimentos penais de índole investigatória) e os respectivos processos penais coletivos para, efetivamente, garantir a adequada tutela jurídica dos bens penais coletivos como direitos fundamentais.[4]

É a própria Constituição da República Federativa do Brasil que consagra, expressamente, os direitos coletivos, amplamente considerados, como direitos fundamentais e, pela relevância dessa inserção, garante-lhes aplicabilidade imediata (art. 5º, § 1º, da CR/1988). E mais: reforça a tese da unicidade do fenômeno interpretativo, eis que a compreensão, a interpretação e a aplicação de um preceito jurídico refletem procedimento unitário e, por esse motivo, têm sempre como ponto de partida a Constituição. A Constituição serve de base para a compreensão do Direito, determinando o sentido de todas as normas que compõem o ordenamento jurídico.[5]

O presente trabalho discorre sobre a Dogmática Penal, defendendo a necessidade de sistematização do Direito Processual Penal Coletivo e apresentando sua fundamentação constitucional, bem como as principais nuances do acordo de não persecução penal coletivo (ANPPC). Ao final, o artigo traz as conclusões e as referências da pesquisa.

2. O conceito de bem jurídico-penal e a crise da dogmática processual penal clássica

A dogmática processual penal clássica está em crise. Na realidade, essa dogmática foi construída à luz de um Direito Penal amparado em uma visão do Estado Liberal de Direito que não tinha no seu horizonte a tutela dos direitos ou interesses fundamentais massificados, especialmente os de titularidade difusa.

O Código Penal de 1941, apesar de elaborado sob a égide do Governo Vargas, congrega uma estrutura normativa em plena sintonia com o modelo normativo processual penal liberal, muito embora apresente traços de uma

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

4 ALMEIDA, Gregório Assagra de. The New Summa Divisio Individual Rights and Collective Rights paradigm rupture and its importance to Improve Access to Justice in a Violent World. WCCL 2018 Seoul. Guidebook of The 10th World Congress Of Constitutioal Law (IACL-AIDC), 18th (Mon) – 22nd (Fri) June 2018.

5 COSTA, Rafael de Oliveira. Aportes da Estrutura das Normas para a Hermenêutica Constitucional. In: Felipe Asensi (Org.). Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais. Rio de Janeiro: Editora Multifoco, 2015, v. 1, p. 277-290.

orientação política e ideológica nacionalista.

No mesmo diapasão, em vigor desde 1º de janeiro de 1942, o Código de Processo Penal sofreu uma série de modificações visando adequá-lo à nova realidade social; porém, essas alterações não têm sido capazes de lidar com novas tecnologias e temáticas mais complexas, relacionadas não só com a responsabilização penal da pessoa jurídica e dos entes coletivos[6], mas principalmente com a tutela penal de bens jurídicos (direitos ou interesses) de titularidade difusa, coletiva ou de titulares individuais homogêneos. A estrutura normativa penal atual codificada (Código Penal e Código de Processo Penal) é incapaz de tutelar adequadamente os novos direitos, essencialmente os relacionados com a solidariedade coletiva, a biotecnologia, os referentes às tecnologias da informação, entre outros.

Partindo dessas premissas, o Direito Processual Penal Coletivo exsurge como instrumento ou meio capaz de permitir a promoção e a indução de transformações sociais, em sintonia com a supremacia dos direitos e das garantias constitucionais fundamentais. Trata-se de construção que toma como fundamento a teoria do bem jurídico, só permitindo a deflagração do processo na seara criminal em observância aos princípios penais da intervenção mínima e da lesividade quando se estiver diante de ataques a bens jurídicos relevantes e as condutas praticadas afetarem de forma grave esses mesmos bens.[7] Para tanto, é fundamental considerar o núcleo central dos bens jurídicos constitucionais, materializado na teoria dos direitos constitucionais fundamentais, os quais, no Brasil, estão consagrados expressamente como sendo de dimensão tanto individual quanto coletiva, nos termos do Título II, Capítulo I, da CR/1988.

No plano infraconstitucional, a mudança mais impactante adveio da recente promulgação da Lei n.º 12.850/2013 – que define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, as infrações penais correlatas e o procedimento criminal – e ganhou intensidade com a recente publicação do Habeas Corpus Coletivo nº 143.641/SP pelo Supremo Tribunal Federal.

Há muito a se fazer no sentido do aperfeiçoamento e da reforma do Sistema Jurídico-Penal em termos de adequação entre os Objetivos da República Federativa do Brasil (art. 3º da CR/1988) e a tutela penal dos bens jurídicos coletivos. Trata-se de tarefa hercúlea e que não pretendemos exaurir neste

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

6 COSTA, Rafael de Oliveira. Responsabilidade Penal Ambiental da Pessoa Jurídica, Teoria da Dupla Imputação e Hermenêutica Constitucional: Uma Análise Crítica do RE 548.181/PR. Revista de Direito Ambiental, v. 79, p. 231-246, 2015.

7 Conferir ROXIN, Claus. Sobre o recente debate em torno do bem jurídico. In: O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar? Organizadores Luís Greco e Fernanda Lara Tórtima. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 184-186, p. 192-193.

trabalho. Contudo, é preciso desejar correr os riscos associados com a exploração desses novos horizontes, que são a única via para se alcançar a efetiva transformação social e a construção de um Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, Tatiana Badaró[8] afirma que o Estado não é o titular de bens jurídicos próprios, mas mero gestor de bens que são de titularidade dos seres humanos, e conclui:

> 12. Os bens jurídicos-penais podem ser classificados em individuais, supraindividuais e individuais de reflexos transindividuais. Os bens jurídicos individuais servem aos interesses diretos de uma pessoa ou de um grupo de pessoas determinadas, considerados isoladamente, sendo que, em caso de agressão ou ameaça a tais bens, os sujeitos passivos são perfeitamente identificáveis (vida, integridade física, patrimônio, liberdade de locomoção, etc.). os bens jurídicos supraindividuais satisfazem, ao mesmo tempo e ainda que indiretamente, às necessidades essenciais de todos e cada um dos membros da sociedade, tomados coletivamente, e, em caso de agressão a tais bens, os sujeitos passivos só são identificados de forma vaga e imprecisa (meio ambiente, tráfico monetário, patrimônio público, etc.). Os bens jurídicos individuais de reflexos transindividuais são bens individuais cuja ofensa repercute ou pode repercutir nos interesses de outros indivíduos (livre-iniciativa, segredo empresarial, identidade genética, etc.).
>
> 13. O bem jurídico-penal individual é de plena disponibilidade, podendo, inclusive, ser destruído por seu titular ou, no caso de ser titularizado por um grupo determinado de pessoas, por seus titulares, desde que de comum acordo. No que diz respeito aos bens jurídico-penais supraindividuais, pessoas indetermináveis ou de difícil determinação estabelecem com o mesmo bem uma

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

8 BADARÓ, Tatiana. Bem jurídico penal supraindividual. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017, p. 287-80.

> relação de disponibilidade limitada, sendo vedada a destruição do bem por seus titulares.

Defendemos, com amparo na teoria dos direitos fundamentais consagrados na Constituição de 1988, que os bens jurídico-penais poderão ser individuais ou coletivos, conforme se extrai da *summa divisio* constitucionalizada (Título II, Capítulo I, da CR/1988 – Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos)[9], e os bens jurídico-penais coletivos poderão ser difusos, coletivos ou individuais homogêneos, conforme conceituação tripartite consagrada no parágrafo único do artigo 81 do CDC, que possui a natureza jurídica de norma de superdireito material coletivo por força, inclusive, do disposto no art. 21 da LACP (Lei n. 7.347/1985).

Todas essas mudanças paradigmáticas impõem uma revisitação da dogmática penal clássica e a releitura da compreensão dos bens jurídico-penais.[10]

3. Da necessidade de sistematização do Direito Processual Penal Coletivo

O Direito Processual Penal clássico não consegue oferecer respostas adequadas à tutela dos bens jurídico-penais coletivos, apresentando problemas estruturais, já que fundado em uma concepção de índole liberal e individualista de bem jurídico.

Os institutos existentes e os pilares fixados pelo Direito Processual Penal, principalmente a ação penal, a defesa e a coisa julgada, são insuficientes para o combate aos graves crimes de dimensão coletiva. Não há, portanto, efetivo acesso à justiça e celeridade processual, exigências fundamentais de uma ordem jurídica democrática. Conforme já mencionamos, o Código de Processo Penal faz incidir o Direito Penal de forma homogênea, inserindo-o em uma "vala comum"[11], o que gera situações de graves injustiças sociais.[12]

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

9 ALMEIDA, Gregório Assagra de. Direito material coletivo: superação da summa divisio direito público e direito privado por uma nova summa divisio constitucionalizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

10 ALMEIDA, Gregório Assagra de. The New Summa Divisio Individual Rights and Collective Rights paradigm rupture and its importance to Improve Access to Justice in a Violent World. WCCL 2018 Seoul. Guidebook of The 10th World Congress Of Constitutioal Law (IACL-AIDC), 18th (Mon) – 22nd (Fri) June 2018.

11 ALMEIDA, Gregório Assagra de. Direito material coletivo: superação da Summa Divisio Direito Público e Direito Privado por uma nova Summa Divisio Constitucionalizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. Conferir ALMEIDA, Gregório Assagra de; COSTA, Rafael de Oliveira. Direito processual penal coletivo: a tutela penal dos bens jurídicos coletivos – direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

12 ALMEIDA, Gregório Assagra de. Direito material coletivo: superação da Summa

Diante dessa inadequação, deparamo-nos, atualmente, com uma crise do Direito Processual Penal, problemática que justifica as propostas trazidas no presente estudo.

Para solucionar essa dissonância entre o direito posto e as necessidades sociais, sustentamos a existência de uma nova área do conhecimento, denominada Direito Processual Penal Coletivo, que, a partir da *summa divisio* constitucionalizada, faz parte do Direito Coletivo, procurando elucidar a verdadeira teia de interações existentes com o Sistema de Processo Coletivo e com o Direito Penal Coletivo, bem como as inúmeras consequências para institutos jurídicos vislumbrados até então exclusivamente sob a égide individual (*v.g.*, ação penal, competência, coisa julgada, entre outros).

Assim, toma-se como ponto de partida uma nova compreensão da função judicial penal na tutela transindividual, na qual o Estado deve priorizar a máxima efetividade dos direitos coletivos, a fim de evitar a propagação de danos em massa. Isso porque o Direito Processual Penal Coletivo precisa ser construído e sistematizado com o intuito de se tornar mecanismo efetivo do Estado Democrático de Direito no combate aos grandes crimes que atingem a coletividade, tais como os delitos contra o meio ambiente, a sonegação fiscal, entre outros.

4. Fundamentação constitucional do Direito Processual Penal Coletivo

O Direito é uno e indivisível, razão pela qual a sua categorização didática em disciplinas não reflete a forma como deve ocorrer a interpretação das normas e a sua aplicação aos casos concretos.

No âmbito criminal, a Criminologia, a Política Criminal e o Direito Penal não são disciplinas estanques, mas complementares, e representam três importantes aspectos da Ciência Penal: o explicativo-empírico (Criminologia), o decisional (Política Criminal) e o normativo (Direito Penal). A esses aspectos, deve-se acrescentar ainda o viés instrumental (Direito Processual Penal) e o executivo (Execução Penal), visto que as normas substantivas e adjetivas não podem seguir seus caminhos distanciadas.[13]

Divisio Direito Público e Direito Privado por uma nova Summa Divisio Constitucionalizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. Conferir ALMEIDA, Gregório Assagra de; COSTA, Rafael de Oliveira. Direito processual penal coletivo: a tutela penal dos bens jurídicos coletivos – direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

13 Sobre o assunto, MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. Direito penal racional: propostas para a construção de uma teoria da legislação e para uma atuação criminal. Curitiba: Juruá, 2016.

Partindo dessa visão holística, a Ciência Penal vem provocar uma ruptura na visão formalista do aplicador do Direito, alijado da realidade social, para trazê-lo para o contexto em que atua, atentando para as mazelas existentes e para os objetivos pretendidos com o Sistema Criminal. Enquanto sistema único, comunica-se com outras disciplinas saber integrador e transdisciplinar.[14]

No que concerne ao Direito Processual Penal, em que pese possa parecer que todo feito apresente um viés "coletivo" – uma vez que, de modo similar ao Direito Penal, busca conferir a tutela adequada a bens jurídicos que dizem respeito a toda a sociedade, razão pela qual, inclusive, as ações penais públicas contêm em si um aspecto social, atuando o Ministério Público na condição de substituto processual da coletividade –, isso não é suficiente para afastar o caráter individual do bem jurídico resguardado pela norma.

Assim, a nota distintiva do Direito Processual Penal Coletivo diz respeito aos *bens jurídicos tutelados, dotados de natureza coletiva – difusos, coletivos em sentido estrito ou individuais homogêneos.* Não por outro motivo é que se pode sustentar que o Direito Processual Penal Coletivo possui natureza de *garantia constitucional fundamental social.*[15]

Os direitos fundamentais atuam como vias para a organização e limitação dos poderes constituídos, de modo a conter o exercício arbitrário do poder. Ao pensar em direitos fundamentais, não é possível adotar uma perspectiva limitante, como direitos oponíveis contra o Estado[16], pois se trata de verdadeiras condições para a construção e o exercício de todos os demais direitos previstos na Constituição.

Partindo-se das premissas de que, no plano da titularidade, os bens jurídico-penais dividem-se em individuais e coletivos – mantendo-se, com isso, relação de perfeita sintonia com a orientação contida na Constituição em seu Título II, Capítulo I (Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos) – e de que a consagração de um modelo de Estado Democrático de Direito vem fundada na condição de Estado da Justiça Material comprometido com a transformação social (art. 3º da CR/1988), torna-se indispensável uma (re)leitura do Direito Processual Penal para a tutela adequada dos bens penais de titularidade difu-

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

14 Nesse sentido, MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. Direito penal racional: propostas para a construção de uma teoria da legislação e para uma atuação criminal. Curitiba: Juruá, 2016.

15 Como primeira pesquisa a sustentar o Direito Processual Coletivo com natureza constitucional e objeto e método próprios, além de garantia constitucional fundamental social, ALMEIDA, Gregório Assagra de. Direito Processual Coletivo Brasileiro – Um novo ramo do direito processual. São Paulo: Saraiva, 2003. Conferir também MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. Direito penal racional: propostas para a construção de uma teoria da legislação e para uma atuação criminal. Curitiba: Juruá, 2016.

16 BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 14. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 561.

sa, coletiva e individual homogênea.

Portanto, o Estado fica obrigado a formatar, a organizar e a priorizar os procedimentos penais coletivos (incluindo os procedimentos penais de índole investigatória) e os respectivos processos penais coletivos para, efetivamente, garantir a adequada tutela dos bens penais coletivos como direitos fundamentais, o que vem a reforçar a tese da unicidade do fenômeno interpretativo.

A Constituição prevê não apenas a tutela dos bens jurídicos coletivos, mas também o efetivo acesso à justiça – o que inclui a disponibilização de instrumentos adequados para persecução penal pelo Ministério Público –, a celeridade dos procedimentos – medida que só pode ser alcançada por meio de um sistema próprio de tutela dos direitos transindividuais – e a tutela da segurança pública – conforme se depreende do artigo 5º, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.[17]

Nesse sentido, o Direito Processual Penal Coletivo vem amparado no devido processo legal em sua dimensão social[18], na natureza constitucional dos bens jurídico-penais coletivos como direitos fundamentais da sociedade e no dever constitucional de organização dos procedimentos e dos processos penais coletivos.[19]

Em suma, trata-se de um novo paradigma de atuação, composto por um conjunto de princípios, regras, garantias e deveres processuais e procedimentais que disciplinam as investigações nas infrações penais que atinjam bens penais de titularidade coletiva, assim como as garantias processuais instrumentais de tutela coletiva em geral na área penal, incluída a tutela jurídica coletiva na execução penal e na defesa da segurança pública.[20]

5. Do Acordo de Não Persecução Penal Coletivo (ANPPC)

Entre os inúmeros princípios que regem os feitos coletivos, especial

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

17 COSTA, Rafael de Oliveira. Aportes da Estrutura das Normas para a Hermenêutica Constitucional. In: Felipe Asensi (Org.). Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais. Rio de Janeiro: Editora Multifoco, 2015, v. 1, p. 277-290.

18 ALMEIDA, Gregório Assagra de. Direito Processual Coletivo Brasileiro – Um novo ramo do direito processual. São Paulo: Saraiva, 2003. COSTA, Rafael de Oliveira. Aportes da Estrutura das Normas para a Hermenêutica Constitucional. In: Felipe Asensi (Org.). Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais. Rio de Janeiro: Editora Multifoco, 2015, v. 1, p. 277-290.

19 ALMEIDA, Gregório Assagra de; COSTA, Rafael de Oliveira. Direito processual penal coletivo: a tutela penal dos bens jurídicos coletivos – direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

20 ALMEIDA, Gregório Assagra de; COSTA, Rafael de Oliveira. Direito processual penal coletivo: a tutela penal dos bens jurídicos coletivos – direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

atenção merece o princípio da prioridade da resolução negociada, o qual sustenta que, em sendo possível, deve-se buscar uma solução consensual para os conflitos que envolvam a tutela de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

A solução negociada no âmbito penal é princípio constitucional detentor de densidade normativa que deve orientar todo o sistema criminal brasileiro, visto que encontra respaldo no Preâmbulo da Constituição de 1.988, ao estabelecer que a sociedade busca a harmonia social. Ademais, nas suas relações internacionais, a República Federativa observará e priorizará a solução pacífica dos conflitos (art. 4º, inciso VII, da CR/1988). Trata-se, portanto, de compromisso firmado pelo legislador com a adoção prioritária de vias consensuais de resolução de conflitos, relegando o sistema de acesso à justiça por adjudicação para plano subsidiário, ou seja, para aquelas hipóteses em que não seja possível a solução dialogada.[21]

No Direito Processual Penal Coletivo, a situação não poderia ser diferente. A busca pela solução negociada, concretizada através da celebração de verdadeiro "acordo" entre o agente e o órgão acusador acerca das consequências da prática criminosa, não apenas atenta para a necessária celeridade processual, mas também confere concretude aos dispositivos constitucionais.

Ressalta-se que a negociação sobre aspectos relativos ao direito de liberdade é admitida em diversos sistemas criminais, na medida em que pode apresentar vantagens tanto para o autor do delito como para a sociedade. A título de exemplo, os EUA adotam o denominado *plea bargaining*, consistente na ampla negociação sobre a imputação (*charge bargaining*), a pena e as consequências do crime, podendo incluir desde o perdimento de bens até a integral reparação de danos (*sentence bargaining*). Trata-se de verdadeiro acordo travado entre o acusado e o Estado, representado pela promotoria (federal ou estadual), por via do qual aquele reconhece a sua culpa ou, apesar de não reconhecer a culpa, concorda em não contestar a imputação do cometimento do crime, podendo ser instado a cooperar com a investigação. Em troca, recebe sanções menos severas ou outras benesses previstas em lei.[22]

O princípio da prioridade da resolução negociada nos feitos coletivos incide não apenas em âmbito cível, mas também no criminal. Embora o membro do Ministério Público se encontre vinculado aos elementos de prova, de-

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

21 Cf. ALMEIDA, Gregório Assagra de. As Corregedorias, a Nacional e as Internas, no contexto do Ministério Público como Instituição de Acesso à Justiça. Revista Jurídica da Corregedoria Nacional do Ministério Público. Vol. I – O papel Constitucional das Corregedorias do Ministério Público. Brasília: CNMP, Vol. I, ano 2016, p. 49/107.

22 FEELEY, Malcolm M. Legal. Complexity and the Transformation of the Criminal Process: The Origins of Plea Bargaining, 31 Isr. L. Rev. 183 (1997). Disponível em: [http://scholarship.law.berkeley.edu/facpubs/743].

tém certo poder de negociação.

Seguindo o Preâmbulo constitucional e o artigo 4º, inciso VII, da CR/1988, o nosso ordenamento adotou diversos institutos que visam priorizar a resolução consensual de conflitos[23], podendo-se destacar, na esfera criminal, a Lei nº 9.099/95, que passou a dispor especificamente sobre a transação penal e a suspensão condicional do processo.[24]

Outro exemplo normalmente esquecido diz respeito ao acordo de não persecução penal coletivo (ANPPC).

Passemos, assim, à análise detalhada do instituto.

a) Regulamentação legislativa

A busca pela eficiência e celeridade no sistema penal tem encontrado apoio na celebração de acordos, estabelecendo um sistema de prioridades, responsável por levar a julgamento somente os casos mais graves.

Nesse sentido, a Resolução n° 181/17, do Conselho Nacional de Justiça, passou a prever expressamente o "acordo de não persecução penal".

Contudo, no dia 24 de janeiro de 2018, a Resolução n° 183/18, do CNMP, alterou significativamente os termos da Resolução n° 181/17, do CNMP, disciplinando de forma inovadora a aplicação do instituto.

Por fim, a Lei n° 13.964/19 encampou as disposições elencadas nas Resoluções nº 181/17 e 183/18 do CNMP.

Diante da ausência de regulamentação legal expressa, incidem, no que concerne ao acordo de não persecução penal coletivo (ANPPC), as mesmas regras previstas para o acordo de não persecução penal individual, observadas algumas adaptações.

Passemos, assim, à análise das principais inovações trazidas pela Lei n° 13.964/19.

b) Natureza jurídica do acordo de não persecução penal coletivo

Várias correntes pretendem explicar a natureza da proposta de acordo de não persecução penal.

Dentre elas, vale a pena destacar duas posições. A primeira delas sustenta tratar-se de instrumento de política criminal, incumbindo ao MP avaliar

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

23 Cf. ALMEIDA, Gregório Assagra de. As Corregedorias, a Nacional e as Internas, no contexto do Ministério Público como Instituição de Acesso à Justiça. Revista Jurídica da Corregedoria Nacional do Ministério Público. Vol. I – O papel Constitucional das Corregedorias do Ministério Público. Brasília: CNMP, Vol. I, ano 2016, p. 49/107.

24 O acordo de não persecução penal será analisado mais à frente neste trabalho.

a necessidade e suficiência da medida para reprovação e prevenção do crime. Trata-se, portanto, de prerrogativa institucional do Ministério Público e não direito subjetivo do investigado.[25] O acusado tem direito a uma proposta do Ministério Público ou a uma negativa motivada de proposta, como decorrência do poder-dever ministerial.

De outro modo, o TJ/SP afirmou que o ANPP é instrumento de natureza consensual entre as partes.[26]

c) Requisitos para a concessão do acordo de não persecução penal coletivo

Seguindo os ditames do acordo de índole individual, o Ministério Público poderá propor ao investigado acordo de não persecução penal coletivo desde que presentes **cumulativamente** os seguintes requisitos (art. 28-A, do CPP):

A) Seja cominada pena mínima inferior a 04 (quatro) anos, consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto;

B) O crime não for cometido com violência ou grave ameaça a pessoa;

C) O investigado tiver confessado formal e circunstanciadamente a sua prática;

D) A medida seja necessária e suficiente para a reprovação do crime.

Outro aspecto que merece ser ressaltado é que inexiste óbice à celebração do acordo de não persecução penal coletivo em infrações cometidas com violência contra a coisa, visto que a restrição abrange apenas infrações penais

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

25 Enunciado 21-PGJ-CGMP do MP/SP.

26 Nesse sentido: “Dessa forma, deve-se partir da premissa de que o acordo de não persecução penal deve ser resultante da convergência de vontades (acusado e MP), não podendo se afirmar, indubitavelmente, que se trata de um direito subjetivo do acusado, até porque, se assim o fosse, haveria a possibilidade do juízo competente determinar a sua realização de ofício, o que retiraria a sua característica mais essencial, que é o consenso entre os sujeitos envolvidos. (...) Logo, todas as medidas possíveis ao Poder Judiciário foram tomadas para eventual realização do referido acordo, não sendo possível exigir que o Ministério Público ofereça referido benefício, pois não se trata, conforme explanado, de direito público subjetivo do réu. Com efeito, cabe observar que com o Estatuto Anticrime o nosso ordenamento processual penal deu uma inquestionável guinada no sentido do sistema acusatório puro, colocando o juiz em posição menos interferente no que toca à formulação da acusação. Ou seja, o juiz até pode aplicar o art. 28 do CPP por força do disposto no parágrafo 14 do novo art. 28-A, mas não pode, em sendo mantida a recusa do MP, ir além disso, até porque, se bem observada a nova redação do art. 28 (também por força da Lei 13.964/19 Estatuto Anticrime), o órgão do MP nem mais submete ao juiz a apreciação da sua “ordem de arquivamento”. (TJSP, 3ª CC, rel. Des. Rangel, Habeas Corpus Criminal no 2064200-84.2020.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, j. em 5.05.2020).

praticadas com grave ameaça ou violência contra a pessoa.[27]

d) Medidas a serem aplicadas ao acusado que celebrar o acordo de não persecução penal coletivo

O art. 28-A, do CPP, passou a dispor que aos acusados poderão ser impostas **cumulativa ou alternativamente** as seguintes medidas:

I – reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, salvo impossibilidade de fazê-lo. No que concerne ao ANPPC, entendemos que, em atenção ao princípio da máxima efetividade na tutela dos bens jurídicos coletivos, é indispensável que conste cláusula específica sobre a reparação do dano. Ainda que o acusado não tenha condições de adimplir imediatamente o montante fixado, poderá haver o parcelamento ou a fixação de termo para o adimplemento.

Ressalte-se que a tutela não se limita, no âmbito processual penal coletivo, à reparação dos danos materiais causados pelo crime. Ao contrário, abrange também o dano moral coletivo, uma vez que o artigo 387 do CPP não exclui essa modalidade de dano, estabelecendo apenas que o juiz, ao proferir sentença condenatória, fixará valor mínimo para a reparação, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido.[28-29]

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

27 Enunciado 23-PGJ-CGMP do MP/SP.

28 Cf. TRIGUEIROS NETO, Arthur da Motta. Comentários às recentes reformas do Código de Processo Penal e legislação extravagante correlata. São Paulo: Editora Método, 2008, p. 146-147.

29 Nesse sentido, em recente denúncia oferecida contra o Presidente Michel Temer, o Procurador-Geral da República formulou pedido de reparação pelos danos morais causados pelo denunciado, uma vez que os crimes praticados no exercício de mandato eletivo possuem alto grau de reprovabilidade, causam comoção social, são capazes de produzir intranquilidade social e a repercussão negativa do fato perpetrado pelo Presidente da República ajuda a comprometer a imagem da República Federativa do Brasil, do parlamento, da Presidência da República, bem como de seus integrantes. Vejamos: "Com efeito, não se nega que MICHEL TEMER tem, atualmente, projeção política. Afinal de contas, é o atual Presidente da República, tendo sido vice-presidente da República de 2011 a 2016. É um dos chamados caciques do PMDB, foi eleito presidente da Câmara dos Deputados por duas vezes e eleito presidente nacional de seu partido em 2001. Ludibriou os cidadãos brasileiros e, sobretudo, os eleitores, que escolheram a sua chapa para o cargo político mais importante do país, confiando mais de 54 milhões de votos nas últimas eleições. [...] Não há dúvida, portanto, de que o delito perpetrado pelos imputados MICHEL TEMER e RODRIGO LOURES, em comunhão de ação e unidade de desígnios, causou abalo moral à coletividade, interesse este que não pode ficar sem reparação. Os fatos perpetrados pelos denunciados, devidamente descritos na peça acusatória, possuem significância que transportam os limites da tolerabilidade, causando frustração à comunidade. Os crimes praticados à sorrelfa, valendo-se de seus mandatos eletivos, possuem alto grau de reprovabilidade, causam comoção social, descrédito, além de serem capazes de produzir intranquilidade social e descrença da população, vítima mediata da prática criminosa de tal espécie. Mas não só ao cidadão: a repercussão negativa do fato perpetrado pelo Presidente da República e por Deputado Federal ajuda a comprometer a imagem da República Federativa do Brasil, do parlamento, da Presidência da República, bem

Não é demais lembrar que, pelo princípio da reparação integral do dano coletivo, os prejuízos causados à coletividade não devem ser objeto de parcial ressarcimento, ou seja, a indenização deve abranger a integralidade dos danos provocados.[30]

No âmbito do Direito Processual Penal Coletivo, o agente que praticou o delito fica obrigado a reparar integralmente os prejuízos, como decorrência do artigo 91, inciso I, do Código Penal – que estabelece como efeito da condenação tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime –, sem que incida qualquer limitação, devendo a reparação abranger eventuais danos materiais, estéticos, morais – individuais e coletivos[31] - e intercorrentes[32] decorrentes da conduta delituosa.

Assim, incumbe a todas as instituições que atuam nos feitos durante a fase investigativa promoverem ampla produção probatória em relação aos danos ocasionados, de modo a permitir que, no momento da propositura do

---

como de seus integrantes, os quais deveriam gozar de certo conceito junto à coletividade e dos quais depende o equilíbrio político. Destarte, o pagamento de indenização por dano extrapatrimonial coletivo é passível de, no futuro, somado à sanção restritiva de liberdade, ajudar a evitar a banalização do ato criminoso perpetrado pelos denunciados e, outrossim, inibir a ocorrência de novas lesões à coletividade. Ademais, os interesses privados dos acusados passaram a prevalecer sobre a defesa do interesse público, valor que deveria ser por ele devidamente observado. Em outras palavras: MICHEL TEMER e RODRIGO LOURES desvirtuaram as importantes funções públicas que exercem, visando, apenas, ao atendimento de seus interesses escusos. [...] Assim, em uma avaliação preliminar, já que o disposto no artigo 387, IV, do CPP, determina que serão fixados "valores mínimos" para reparação do dano, deve-se levar em consideração a dimensão da mácula causada à coletividade, à reputação do próprio Estado brasileiro, a envergadura dos atores dos atos de corrupção e o reflexo de suas condutas, em razão dos cargos que ocupam. Dessa forma, em razão de todos os malefícios sociais gerados, além da sanção de natureza criminal, é importante que as reprimendas também atinjam aquilo que é o móvel da prática dos atos de corrupção: os bens do agente público e de pessoas próximas a eles, auxiliadores da prática espúria. [...] Portanto, conforme já pleiteado na peça acusatória, levando-se em consideração o montante aceito e recebido pelos denunciados, a dignidade do cargo que ocupam, o reflexo do ato espúrio no âmbito interno e internacional, a envergadura dos atores das condutas espúrias, Procurador-Geral da República requer, como já solicitado no bojo da peça acusatória, que MICHEL TEMER e RODRIGO LOURES sejam condenados à indenização por danos morais no montante de R$ 10.000.000,00, o primeiro, e R$ 2.000.000,00, para o último.)

30 DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETTI JÚNIOR, Hermes. Curso de direito processual civil: processo coletivo. 11. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017, p. 103.

31 No que concerne aos danos morais coletivos, o STJ firmou entendimento no que sentido de que não é necessário comprovar dor, sofrimento ou abalo psicológico para a condenação, visto que incabível fazê-lo quando se cuida de interesses difusos e coletivos. Ademais, o Tribunal assentou, em relação a empresas de videobingos e caça-níqueis, que podem ser condenadas pelo fato de que o dano moral sofrido pela coletividade decorre do caráter altamente viciante de jogos de azar, passíveis de afetar o bem-estar do jogador e desestruturar o ambiente familiar (STJ. 2ª Turma. REsp 1.464.868-SP, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 22/11/2016)

32 Trata-se de dano extrapatrimonial que decorre do tempo em que sociedade se viu privada do uso do bem difuso pela ausência de recuperação do meio ambiente.

ANPPC, seja convencionada a integral reparação dos danos.

II – renunciar voluntariamente a bens e direitos, indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime.

Com o intuito de regulamentar a matéria de forma ampla, a Lei n° 13.964/19 incluiu o art. 91-A, ao Código Penal. Vejamos:

> *Art. 91-A. Na hipótese de condenação por infrações às quais a lei comine pena máxima superior a 6 (seis) anos de reclusão, poderá ser decretada a perda, como produto ou proveito do crime, dos bens correspondentes à diferença entre o valor do patrimônio do condenado e aquele que seja compatível com o seu rendimento lícito.*

Para que ocorra a perda do patrimônio do condenado, a Lei n° 13.964/19 exigiu a presença dos seguintes requisitos:

a. Diferença entre o valor do patrimônio do condenado e aquele compatível com o seu rendimento lícito;

b. Pena máxima superior a seis anos.

Assim, é calculado quanto o condenado deveria ter de patrimônio com base em seu rendimento lícito e o quanto ele efetivamente possui. Na hipótese de discrepância, a lei presume que os valores excedentes são produto ou proveito de crime e, por essa razão, o juiz fica autorizado a decretar o perdimento. Exemplo: com base nos rendimentos lícitos do réu, deveria possuir R$ 20 mil de patrimônio. Contudo, após a prática de inúmeros delitos de concussão, foram encontrados bens em seu nome no valor de R$ 200 mil. Nesse caso, é possível que seja decretado o perdimento de R$ 180 mil.

Por interpretação autêntica, o novo diploma estabeleceu que o patrimônio do condenado compreende todos os bens (art. 91-A, § 1º, do Código Penal):

I - de sua titularidade, ou em relação aos quais ele tenha o domínio e o benefício direto ou indireto, na data da infração penal ou recebidos posteriormente; e

II - transferidos a terceiros a título gratuito ou mediante contraprestação irrisória, a partir do início da atividade criminal.

Em qualquer caso, faculta-se ao condenado demonstrar a inexistência da incompatibilidade ou a procedência lícita do patrimônio (art. 91-A, § 2º, do Código Penal).

III – prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito, diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução (ao contrário do elencado na Resolução n° 181/17, do CNMP, que previa que o local deveria ser indicado pelo Ministério Público);

IV – pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Código Penal, a entidade pública ou de interesse social a ser indicada pelo juízo da execução (ao contrário do elencado na Resolução n° 181/17, do CNMP, que previa que o local deveria ser indicado pelo Ministério Público), devendo a prestação ser destinada preferencialmente àquelas entidades que tenham como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito;

V – cumprir outra condição estipulada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal aparentemente praticada.

e) Limites circunstanciais e materiais à celebração do acordo de não persecução penal coletivo

Não se admitirá a proposta de acordo de não-persecução coletivo nos seguintes casos:

I – for cabível a transação penal de competência dos Juizados, nos termos da lei;

II - se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas.

Atente-se para o fato de que o dispositivo afastou o cabimento do acordo de não persecução em duas hipóteses anteriormente elencadas pela Resolução n° 181/17, do CSMP:

1) réu reincidente;

2) aquele que tem reiterado na vida criminosa, salvo se "insignificantes as infrações pretéritas".

O legislador nada estabeleceu acerca do conceito de "insignificância das infrações pretéritas", de modo que é possível o surgimento de duas correntes: a) uma primeira posição, sustentando ser necessário o reconhecimento do atipicidade material, ou seja, efetiva incidência do princípio da insignificância; b) uma corrente ampliativa, que permitirá o afastamento do benefício apenas na hipótese de não se tratar de infrações de pequena repercussão social ou econômica.

Em relação aos delitos que afetem bens jurídicos coletivos, nos parece que a razão está com a primeira corrente, em atenção ao princípio da máxima efetividade, valendo ressaltar que a jurisprudência dos Tribunais Superiores tem inclusive afastado a possibilidade de reconhecimento do princípio da insignificância em várias hipóteses.

III - ter sido o agente beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo; e

Dois aspectos merecem especial atenção, especialmente em relação à anterior regulamentação trazida pela Resolução nº 181/17, do CNMP.

Em primeiro lugar, o dispositivo afastou o limite para o dano causado em vinte salários mínimos. A medida é salutar, uma vez que o limite anteriormente previsto afastava a possibilidade de celebração de acordo de não persecução em grande número de casos em que ocorria a violação de bens jurídicos coletivos, em que os valores costumam suplantar, em muito, 20 salários mínimos.

Em segundo lugar, a Lei nº 13.964/19 não afastou a possibilidade de incidência do acordo de não persecução penal coletivo nas hipóteses em que o delito for hediondo ou equiparado, de modo que, a partir da entrada em vigor do novo diploma, inexistira, a princípio, óbice legal à celebração de acordo nesse sentido. Contudo, entendemos que o acordo de não persecução penal é incompatível com crimes hediondos ou equiparados, uma vez que sua elaboração não atende ao requisito previsto no *caput* do art. 28-A, do CPP, que o restringe a situações em que se mostre necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime.[33]

f) Requisitos formais do acordo de não persecução penal coletivo

O acordo de não persecução penal coletivo será formalizado por escrito e será firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e por seu defensor.

É recomendável que o acordo seja formalizado nos autos com a qualificação completa do investigado e estipule de modo claro as suas condições, eventuais valores a serem restituídos e as datas para cumprimento.

Por fim, o Ministério Público somente deverá celebrar acordo de não persecução penal coletivo se o investigado estiver acompanhado de defensor.[34]

g) Obrigações do investigado no ANPPC

Embora o art. 28-A, do CPP, não estabeleça expressamente as obrigações do investigado, entendemos que, na forma do artigo 18, § 8º, da Resolução nº 181/17, do CNMP, deverá:

A) Comunicar ao Ministério Público eventual mudança de endereço, número de telefone ou e-mail;

B) Comprovar mensalmente o cumprimento das condições, independen-

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

33 Nesse sentido, o Enunciado 22-PGJ-CGMP do MP/SP.

34 Enunciado 25-PGJ-CGMP do MP/SP.

temente de notificação ou aviso prévio;

C) Apresentar imediatamente e de forma documentada eventual qualquer justificativa para o não cumprimento do acordo.

6. Conclusões

01. O Direito Processual Penal Coletivo é uma área do Direito Processual Penal voltada para a tutela penal dos bens jurídicos (direitos ou interesses) coletivos em sentido amplo (difusos, coletivos e individuais homogêneos), de forma que o Direito Processual Penal Coletivo, nos termos do seu objeto formal, é concebido como a área do Direito Processual Penal que é composta por um conjunto de princípios, garantias, regras e deveres processuais constitucionais e infraconstitucionais que disciplina a ação penal coletiva, a jurisdição penal coletiva, o processo penal coletivo, a defesa no processo penal coletivo e a coisa julgada penal coletiva.

02. Integra também o Sistema do Direito Processual Penal Coletivo o conjunto de princípios, garantias, regras e deveres processuais e procedimentais que disciplina as investigações nas infrações penais que atinjam bens penais de titularidade coletiva, assim como as garantias processuais instrumentais de tutela coletiva em geral na área penal, incluída a tutela jurídica coletiva na execução penal e na segurança pública.

03. A dogmática processual penal clássica, construída a partir de um Direito Penal baseado em uma visão do Estado Liberal de Direito, vem apresentando sinais de crise. Em vigor desde 1º de janeiro de 1942, o Código de Processo Penal sofreu uma série de modificações para adequá-lo à nova realidade social. Contudo, não tem sido capaz de lidar com novas tecnologias e temáticas mais complexas, relacionadas não só com a responsabilização penal da pessoa jurídica e dos entes coletivos mas também com os novos direitos, afetos à solidariedade coletiva, à biotecnologia e às tecnologias da informação.

04. Não é admissível que os bens jurídico-penais coletivos, amplamente considerados, continuem a ser tutelados pelas mesmas estruturas investigativas e judiciais clássicas, que foram concebidas para uma repressão penal de índole prevalentemente voltada para bens de titularidade individual.

05. É necessário que, além das tutelas materiais e processuais penais coletivas, voltadas propriamente para os bens jurídico-penais coletivos em sentido amplo (combate à corrupção, à criminalidade organizada, à sonegação fiscal, aos crimes econômicos em geral, crimes esses que lesam a Pátria), sejam implantadas mudanças na atuação dos órgãos do Estado na área penal, destacando-se aqui a atuação do Ministério Público com atribuição criminal, pois é preciso que essa instituição revisite e revigore a atuação para que os seus

membros atuem também coletivamente, por intermédio dos diversos mecanismos de tutela jurídica na área penal (inquérito civil, ação civil pública, termo de ajustamento de conduta), principalmente para combater os graves problemas relacionados com o sistema prisional e com a segurança pública em geral.

09. Considerando que o Sistema do Direito Processual Penal Coletivo, nos termos defendidos, abrange ainda o conjunto de princípios, garantias, regras e deveres processuais e procedimentais que disciplina as investigações nas infrações penais que atinjam bens penais de titularidade coletiva, assim como as garantias processuais instrumentais de tutela coletiva em geral na área penal, incluída a tutela jurídica coletiva na execução penal e na segurança pública, entende-se como cabível, no plano da tutela jurídica adequada e ampla no Sistema do Direito Processual Penal Coletivo, entre outros, o Acordo de Não Persecução Penal Coletivo.

10. No Direito Processual Penal Coletivo, a busca pela solução negociada, concretizada através da celebração de verdadeiro "acordo" entre o agente e o órgão acusador acerca das consequências da prática criminosa, não apenas atenta para a necessária celeridade processual, mas também confere concretude aos dispositivos constitucionais.

11. Diante da ausência de regulamentação legal expressa, incidem, no que concerne ao Acordo de Não Persecução Penal Coletivo (ANPPC), as mesmas regras previstas para o acordo de não persecução penal individual, observadas algumas adaptações elencadas no corpo deste estudo.

7. Referências

ALEXY, Véase. Individuelle Rechte und kollektive Güter. In: WEINBERGER (org.). Internationales Jahrbuch für Rechtsphilosophie und Gesetzgebung, Aktuelle Probleme der Demokratie. Wien, 1989, pp. 49-54.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. Direito material coletivo: superação da Summa Divisio Direito Público e Direito Privado por uma nova Summa Divisio Constitucionalizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. The New Summa Divisio Individual Rights and Collective Rights paradigm rupture and its importance to Improve Access to Justice in a Violent World. WCCL 2018 Seoul. Guidebook of The 10th World Congress Of Constitutioal Law (IACL-AIDC), 18th (Mon) – 22nd (Fri) June 2018.

ALMEIDA, Gregório Assagra de; COSTA, Rafael de Oliveira. Direito processual penal coletivo: a tutela penal dos bens jurídicos coletivos – direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. Belo Horizonte: D'Plácido,

2019.

ALMEIDA, Gregório Assagra; DAHER, Lenna Luciana Nunes; LOPES, Ludmila Reis Brito. O Ministério Público como Garantia Constitucional Fundamental de Acesso à Justiça da Sociedade: interpretação ampliativa dos seus mecanismos de atuação jurisdicional e extrajurisdicional. Tese apresentada ao XXII Congresso Nacional do Ministério Público.

ANDRADE, Andressa Paula de; FERREIRA, P. P. da C. Bens jurídicos transindividuais como corolário do atual modelo constitucional: um enunciado de proposta acerca de sua proteção penal. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 123, p. 17-62, 2016.

BADARÓ, Tatiana. Bem jurídico penal supraindividual. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. Bem jurídico-penal. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

BECK, Ulrich. Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Ed. 34, 2010.

BINDING, Karl. Die Nomen 1. p. 53-54, apud ANDRADE, Manuel da Costa. Consentimento e acordo em direito penal. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELLELA, Eduardo, com a participação de Luigi Ferrajoli. Garantismo Penal Integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil. Porto Alegre: Editora Verbo Jurídico, 2017.

CANARIS, Claus-Wilhelm. Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito. Tradução de António Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 3. ed., 2002.

COELHO, Yuri Cameiro. Bem jurídico-penal. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

CONDE, Francisco Muñoz; ARÁN, Mercedes García. Derecho penal: parte general. 3. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998, p. 65.

CONDE, Francisco Muñoz. Direito Penal do Inimigo. Tradução de Haryana Ba-

tisca Sposato. Curitiba: Editora Juruá, 2012.

COSTA, Rafael de Oliveira. Hermenêutica Constitucional e Hermenêutica Filosófica: Horizontes da Previsibilidade das Decisões Judiciais. In: Direito, Estado e Sociedade, v. 44, p. 122-141, 2014, p. 126.

COSTA, Rafael de Oliveira. Aportes da Estrutura das Normas para a Hermenêutica Constitucional. In: Felipe Asensi (Org.). Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais. Rio de Janeiro: Editora Multifoco, 2015, v. 1, p. 277-290.

COSTA, Rafael de Oliveira. Responsabilidade Penal Ambiental da Pessoa Jurídica, Teoria da Dupla Imputação e Hermenêutica Constitucional: Uma Análise Crítica do RE 548.181/PR. Revista de Direito Ambiental, v. 79, p. 231-246, 2015.

COSTA, Rafael de Oliveira. O papel da legística na (re)legitimação das decisões judiciais e no equilíbrio da função juspolítica pelos tribunais. Revista da Faculdade de Direito da UFPR, Paraná, v. 61, p. 69-84, 2016.

CRISTÓFORO, Pablo Gran. Lei de Crimes Ambientais: além e aquém da justa medida. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2017.

DIAS, Jorge de Figueiredo. Questões fundamentais do direito penal revisitadas. São Paulo: RT, 1999.

FERNANDES, Fernando O processo penal como instrumento de política criminal. Portugal/Coimbra: Editora Almedina, Coleção Teses, 2001.
FERNANDEZ, Gonzalo D. Bien jurídico y sistema del delito: un ensayo de fundamentación dogmática. Montevideo: B de F, 2004.

GADAMER, Hans-Georg. Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad. de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997.

GIDI, Antônio. A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos – as ações coletivas em uma perspectiva comparada. São Paulo: RT, 2007.

GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. O Direito Penal na era da Globalização. São Paulo: RT, 2002.

GRECO, Luís. Um panorama da Teoria da Imputação Objetiva. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GRECO, Rogério. Direito Penal do Inimigo. In https://rogeriogreco.jusbrasil.com.br/artigos/121819866/direito-penal-do-inimigo, consultado em 13 de março de 2019, às 12h.

GRINOVER, Ada Pellegrini. "Significado sociale, politico giuridico della tutella degli interessi diffusi". Rivista di Diritto Processuale, Milano, v. 54, n. 1, pp. 17-24, genn./mag. 1999.

GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo. 18ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2002.

HASSEMER, W. Theorie, p. 121 apud FERNANDEZ, Gonzalo D. Bien jurídico y sistema del delito: un ensayo de fundamentación dogmática. Montevideo: B de F, 2004, p. 61.

HEFENDEHL, Roland. ¿Debe ocuparse el Derecho Penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, ano 4, n. 14, Granada, 2002.

HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense. 1958. v. 1, t. 11, p. 10-11.

IENNACO, Rodrigo. Bem jurídico e perigo abstrato: um desenho hermenêutico da ofensividade. 3ª edição revista e ampliada. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.

JAKOBS, Günther. Derecho penal. Parte General. Fundamentos y teoria de la imputación. 2. ed. Traducción Joaquim Cuello Contreras y José Luas Serrano Gonzales. Madrid: Marcial Pons, 1997.

JAKOBS, Günther. A imputação objetiva no Direito Penal. Trad. André Luís Callegari. São Paulo: RT, 2000.

MATTOS, Diogo Castor de. O amigo do direito penal: por que nosso Sistema favorece a impunidade dos criminosos de colarinho branco. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2018.

MIR PUIG, Santiago. Introducción a las bases del derecho penal. 2. ed. Montevideo: B de F, 2007, p. 198.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. Direito penal racional: propostas para a construção de uma teoria da legislação e para uma atuação criminal. Curitiba: Juruá, 2016.

OLIVÉ, Juan Ferré; PAZ, Miguel Nuñez; OLIVEIRA, William Terra de; BRITO, Alexis Couto de. Direito Penal Brasileiro – Parte Geral. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

OSNA, Gustavo. Direitos individuais homogêneos: pressupostos, fundamentos e aplicação no processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

PONTE, Antonio Carlos da. Crimes eleitorais. São Paulo: Saraiva, 2008.

ROXIN, Claus. Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

ROXIN, Claus. Derecho penal: parte general. Madrid: Civitas, 2003. t. 1.

ROXIN, Claus. A proteção de bens jurídicos como função do direito penal. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

ROXIN, Claus. Apud SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Direito Penal Supra-individual. São Paulo: RT, 2003.

SILVA SANCHEZ, J.-M. A Expansão do Direito Penal: Aspectos da política Criminal nas Sociedades Pós-Industriais. Tradução de Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. Princípios da Tutela Penal dos Interesses ou Direitos Difusos. São Paulo: Justitia, jul.-dez. 2007.

SUXBERGER, Antonio H. G.; GOMES FILHO, Demerval F. Funcionalização e expansão do Direito Penal: o Direito Penal negocial. Revista de Direito Internacional, Brasília, v. 13, n. 1, p. 377-396, 2016.

TURESSI, Flávio Eduardo. Bens jurídicos coletivos: proteção penal, fundamentos e limites constitucionais à luz dos mandados de criminalização. Curitiba: Juruá, 2015.

VEGA, Dulce Maria Santana. La protección penal de los bienes jurídicos colec-

tivos. Madrid: Dykinson, 2000.

WELZEL, Hans. O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina finalista. São Paulo: RT, 2001, p. 5 apud CANTON FILHO, Fábio Romeu. Bem jurídico penal. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 7.

Artigo concluído em 01 de agosto de 2020.

LIMITES À RETROATIVIDADE DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL NO PACOTE ANTICRIME

José Laurindo de Souza Netto[1]
Jenyfer Michele Pinheiro Leal[2]
Adriane Garcel[3]

SUMÁRIO

RESUMO

Este artigo norteia-se pelo desígnio de delinear brevemente os contornos dos problemas que o sistema de justiça criminal vem enfrentando no processamento e julgamento das infrações penais. Nesse aspecto, busca-se demonstrar que mecanismos da justiça consensual – não como solução única e absoluta, mas como instrumento alternativo – tem-se apresentado como ferramenta eficiente para a resolução de conflitos. Esta é a razão pela qual o acordo de não persecução penal foi introduzido na legislação penal, imbuído do propósito de otimizar recursos públicos, impedir a estigmatização, obstar o *full trial*[4] e

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

1 Desembargador. 2º Vice-Presidente do TJPR. Possui graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (1982), mestrado em Direito pela Universidade Federal do Paraná (1998) e doutorado em Direito pela Universidade Federal do Paraná (2000). Em 2004 concluiu o estágio de pós-doutorado, junto ao departamento de sociologia da Faculdade de Direito da Universidade Degli Studi di Roma "La Sapienza", em programa de vinculado ao Ministério da Educação - Capes.

2 Graduada em Direito pelo Centro Universitário Internacional Uninter (2017) e Pós-Graduanda em Direito Processual Civil pela Anhanguera (LFG).

3 Mestranda em Direito Empresarial e Cidadania no Centro Universitário de Curitiba – UNICURITIBA. Pós-graduada em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná – EMAP. Pós-graduada em Ministério Público pela Fundação Escola do Ministério Público – FEMPAR. Pós-graduada em Direito e Processo do Trabalho e Direito Previdenciário pela Escola da Magistratura do Trabalho – EMATRA. Graduada em Direito pela Universidade Tuiuti do Paraná e Graduada em Letras. Assessora Jurídica do TJPR e Mediadora Judicial.

4 Em tradução livre: julgamento completo.

evitar eventual condenação e os efeitos deletérios dela decorrentes. A partir disso, almeja-se explicitar que, conquanto relevante a sua inserção no sistema penal, as lacunas legislativas sobre pontos fundamentais desse instituto, sobremodo necessários para a sua aplicação prática, cederam espaço para candentes discussões, como as relativas a intertemporalidade que, com profundidade, aqui será explorada.

PALAVRAS–CHAVE: Justiça consensual; acordo de não persecução penal; retroatividade da lei penal benéfica; intertemporalidade; limites.

1. Introdução

O tempo passa, os dias voam. A certeza que se tem é que, no transcorrer do tempo, um turbilhão de fatos acontecem: relações são edificadas ao passo em que outras são arruinadas, laços afetivos são fortalecidos ao tempo em que outros são destruídos, patrimônios são construídos enquanto outros são subtraídos, o anseio pela radicação da cultura da paz aumenta em tal grau qual a violência alcança números disparates, violações de direitos ocorrem a todo momento e, a cada instante, leis são criadas com o intuito de regrar a vida em sociedade.

Da justiça divina à vingança privada, do “olho por olho, dente por dente” da Lei de Talião a *compositio*, da vingança pública ao processo penal regido por normas erigidas à luz de um estado democrático de Direito, pode-se observar que a prática de atos ilícitos, desde os primórdios da civilização, é punida. A vida em sociedade sempre existiu. E com ela, inevitavelmente, um conjunto de regras para regê-la, a fim de que esse convívio em coletividade seja factível, harmônico e agradável.

A imprescindibilidade da existência dessas normas fez com que diferentes ramos do direito fossem criados com o escopo de que cada qual ficasse incumbido de conferir proteção e disciplina específica aos atos e direitos relativos ao seu respectivo âmbito. A partir dessa premissa é que o Direito Penal foi idealizado: com a finalidade de tutelar os bens e direitos mais caros ao ser humano (*v.g.: a vida, a liberdade e o patrimônio*) e que, por esta razão, não podem ser por outros ramos salvaguardados.

Normas de condutas são necessárias porque relações humanas são contaminadas por diversas formas de violência. E, desde que tomou para si o monopólio do *ius puniendi,* o Estado tornou-se responsável por editá-las, com isso solucionando conflitos e suturando eventuais rupturas produzidas no tecido social.

Porém, a excessiva burocratização dos ritos judiciais, a complexidade

das demandas, a exacerbada cultura da judicialização de litígios, a deficiência estrutural e demais obstáculos financeiros e administrativos geraram grandes problemas ao Poder Judiciário: acúmulo de uma quantidade invencível de processos, morosidade na tramitação dos feitos, insatisfação das partes, insegurança jurídica, precária qualidade na prestação jurisdicional, elevado custo econômico para os envolvidos e para a sociedade e, ainda, ausência de efetividade da tutela almejada.

Isso fez com que meios alternativos de resolução de conflitos fossem idealizados e, por conseguinte, fomentados pelo próprio Poder Público dando origem a mecanismos extrajudiciais. E mais: a criação de leis que regulassem procedimentos mais céleres para o processamento de infrações penais e também de instrumentos oriundos de um modelo de justiça criminal consensual e, por vezes, restaurativa, além de órgãos incumbidos de oferecer tratamento a condutas tipificadas como ilícito de menor potencial ofensivo.

Foi a partir desse pensamento que surgiu o acordo de não persecução penal. Inspirado no modelo de justiça negocial, mais especificamente a *plea bargain*, originária do sistema da c*ommon law*, o acordo consiste, basicamente, na realização de uma negociação na qual o acusado confessa formalmente a prática criminosa, apresentando informações relevantes sobre o ilícito, com o objetivo de que o representante do Ministério Público se abstenha de acusá-lo formalmente.

Esse instituto representa um importante avanço no que diz respeito a ampliação da justiça consensual no território brasileiro. Mas, como não poderia deixar de ser, dadas as particularidades que o circundam, a sua introdução na legislação processual ensejou calorosos debates doutrinários, os quais certamente, em breve, chegarão as portas dos Tribunais Superiores, a fim de que estes tracem os rumos exatos de sua aplicação prática.

Neste aspecto, registra-se que – afora discussões que permeiam a compatibilidade do acordo com a Constituição Federal, o acerto ou não de sua inserção no sistema jurídico e debates que envolvem uma prognose do sucesso desse instituto – a falta de disciplina exauriente pelo legislador sobre o acordo de não persecução penal está fazendo com que tais questões sejam alvo de grande controvérsia.

Um exemplo disso é a discussão acerca dos limites da retroatividade temporal. Saber qual é a natureza jurídica do acordo e, mais, em que processos ele incidirá são, sem dúvidas, questionamentos de sumo relevo, vez que dizem respeito a implementação concreta de uma previsão legal abstrata que poderá alterar a situação jurídica de inúmeros acusados e até mesmo de condenados e reeducandos. Por isso, tais indagações serão, mais à frente, examinadas.

2. Conflito, justiça e resolução de litígios penais

Cada ser humano é dotado de instintos, desejos, interesses e ambições singulares, características físicas, psicológicas e personalidade intrínseca, hábitos e crenças peculiares, cultura e costumes específicos, concepções e ideias próprias. Isso é um fato: cada ser humano é único. A unicidade de cada pessoa faz com que existam conflitos na sociedade. Eles advêm, exatamente, das diferenças que se exprimem nas aspirações, expectativas, crenças, valores, desejos de status e estima de cada um. O conflito é um evento natural e inevitável das relações sociais. Sua existência é tão remota quanto é a da criação humana.

Esta é a razão que justifica a imprescindibilidade das leis: se conflitos existem, regras de conduta são necessárias para ordenar o convívio em sociedade, criando direitos, impondo limites para que estes respectivos direitos sejam respeitados e, mais, estabelecendo punições para aqueles que os violem. Há algum tempo o Poder Público, por meio do ius puniendi, é quem se incumbiu dessa atribuição tornando-se responsável por elaborar leis que tipificam condutas e definem sanções a eventuais transgressões às normas.

Mas, essa árdua tarefa trouxe consigo inúmeros problemas. A ausência de estrutura estatal para assumir esse encargo, aos poucos, revelou cenários outrora inimagináveis. Primeiro: o da cifra oculta. Um número significativo de delitos que são cometidos jamais chega aos olhos das agências estatais responsáveis pela persecução penal. Em segundo lugar: investigações criminais nem sempre são um sucesso. Na maioria dos casos, elementos essenciais da prática ilícita – *v.g. autoria e participação* – são identificados apenas quando ocorre prisão em flagrante. Em terceiro lugar: os casos que são levados às varas criminais acabam tendo uma tramitação muito vagarosa, seja em virtude do macroscópico número de processos em andamento, seja em razão da deficiência de estrutura física, administrativa e econômica do Poder Público ou, ainda, em virtude do inacabável número de incidentes processuais.

E, como se tais problemas já não fossem suficientes, tem-se ainda as adversidades relacionadas ao sistema carcerário. As condições degradantes em que se encontram os presos, a superlotação dos estabelecimentos penais e as graves violações de direitos humanos são apenas reflexos da situação do atual sistema de justiça criminal.

Esse cenário inevitavelmente revelou que é necessário repensar o modelo de justiça penal. Esse é um dos grandes motivos pelo qual mecanismos da justiça consensual foram criados no Brasil e no mundo. Além de "desafogar" o judiciário, instrumentos alternativos – *tais como a transação penal, composição civil dos danos, acordo de colaboração premiada e a delação* –, conferem maior celeridade a resolução do conflito penal, evitam a estigmatização do acusado e o poupam de eventual sentença condenatória e de seus deletérios efeitos secundários.

Com o propósito semelhante a estes mecanismos, é que o acordo de não persecução penal (ANPP) – que, diga-se aqui, de passagem, possui características peculiares[5] – foi introduzido no Código de Processo Penal, pelas alterações promovidas pelo famoso “pacote anticrime”. Imprimir celeridade na apuração do ilícito que foi perpetrado e evitar um longo processo para julgamento do caso são os atributos do acordo. Sem dúvidas, tal tratamento, que se aplica aos crimes de menor e médio potencial ofensivo, é paradigmático, mormente porque envolto a valores sobremaneira relevantes, sobretudo o *status libertatis* do investigado e a segurança pública.

Fortemente inspirado no modelo de justiça negocial, representa uma grande evolução da legislação processual no que concerne a implementação de um sistema que atenda postulados constitucionais, notadamente porque o modelo clássico de processo criminal – que preserva mecanismos de defesa e a busca da verdade exclusivamente através da produção probatória – é deficitário, mormente quando delitos de menor gravidade apresentam uma alarmante escala gradual.

3. O acordo de não persecução penal: concepção e características

A priori, o acordo de não persecução penal foi inserido no ordenamento jurídico brasileiro por meio da resolução nº 181/2017 (alterada pela resolução nº 183/2018) do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). Mas, tão logo entrou em vigor, a sua constitucionalidade foi questionada, dada a natureza jurídica do meio que introduziu o acordo no sistema penal.

Nesse aspecto, duas ações diretas de inconstitucionalidade foram ajuizadas (ADI nº 5790 pela Associação Brasileira de Magistrados – AMB e ADI nº 5793 pela Ordem dos Advogados do Brasil – OAB) com o intuito de questionar, dentre outros argumentos, a falta de competência normativa do CNMP para legislar sobre o acordo, eis que este promoveu significativas mudanças na legislação processual penal, as quais, registre-se, trata-se de competência privativa da União (artigo 22, inciso II, da CRFB/88).

Mas, antes mesmo que o Supremo Tribunal Federal pudesse apreciar o mérito das respectivas ações, entrou em vigor a Lei 13.964/2019 – oriunda do famigerado projeto conhecido como “pacote anticrime” – que inseriu o acordo no artigo 28-A do Código de Processo Penal.

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

5 A título exemplificativo, note-se que diferentemente da transação penal – que é um instituto que muito se assemelha ao ANPP – o acordo de não persecução penal exige confissão formal e circunstanciada do acusado e, além disso, impõe um requisito específico de aplicação, que consiste no fato de que o delito em análise não tenha sido praticado com o emprego de violência ou grave ameaça (art. 28-A, caput, do CPP).

O acordo de não persecução penal reflete uma espécie de exceção ao princípio da obrigatoriedade da ação penal. De acordo com a sistemática estabelecida neste dispositivo legal o acordo de não persecução penal trata-se de um negócio jurídico extrajudicial celebrado entre o Ministério Público e o autor da conduta ilícita, o qual, devidamente assistido por um defensor, confessa formal e circunstanciadamente o cometimento da infração penal e, por conseguinte, submete-se ao cumprimento de determinadas condições com o objetivo de que o *parquet* se comprometa em não o denunciar.

O acordo só pode ser promovido nos casos em que há viabilidade acusatória, ou seja, é imprescindível que no caso esteja presente o *fumus comissi delicti* (aparência da prática criminosa), exista um suporte probatório mínimo como fundamento para uma eventual condenação (justa causa), haja legitimidade das partes e, ainda, punibilidade concreta (*v.g.,* não tenha ocorrido a prescrição da pretensão punitiva).

No que concerne aos requisitos, o acordo será cabível quando tratar-se de infração penal a qual seja cominada pena mínima inferior a quatro anos[6] e que não tenha sido cometida com o emprego de violência ou grave ameaça a pessoa[7]. Ademais, é substancial que o acordo se revele uma medida necessária e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

Essencial, ainda, mencionar que a proposta de acordo não é admitida nas hipóteses em que: i) cabível a transação penal prevista na Lei 9.099/95; ii) o investigado for reincidente ou houver elementos probatórios que indiquem a prática de conduta criminosa profissional, reiterada ou habitual, salvo quando as infrações pretéritas forem insignificantes; iii) o investigado tenha se beneficiado com suspensão condicional do processo, transação penal ou com acordo de não persecução penal nos cinco anos anteriores ao cometimento do ilícito e iv) tratar-se de crime praticado no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou cometido contra a mulher por razões da condição do sexo feminino.

Para que o acordo seja celebrado, o investigado deve voluntariamente

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

6 “Para aferição da pena mínima cominada ao delito a que se refere o artigo 28-A, serão consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto, na linha do que dispõe os enunciados sumulados nº 243 e nº 723, respectivamente, do Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal” (Enunciado nº 29 do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União (CNPG) e do Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal (GNCCRIM)).

7 Sobre esse ponto, o enunciado nº 23 do Conselho Nacional de Procuradores--Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União (CNPG) e do Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal (GNCCRIM) afirma que “é cabível o acordo de não persecução penal nos crimes culposos com resultado violento, uma vez que nos delitos desta natureza a conduta consiste na violação de um dever de cuidado objetivo por negligência, imperícia ou imprudência, cujo resultado é involuntário, não desejado e nem aceito pelo agente, apesar de previsível”.

se sujeitar ao cumprimento de certas condições não privativas de liberdade[8], que podem ser impostas de forma alternativa ou cumulativa: i) reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, salvo a impossibilidade de fazê-lo; ii) renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados como instrumentos, produto ou proveito do crime; iii) prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas; iv) pagar prestação pecuniária a entidade pública ou de interesse social e v) cumprir, por prazo determinado, outra condição designada pelo *parquet*.

Para além disso, imperioso destacar que o acordo firmado pelo representante do Ministério Público, pelo investigado e seu defensor, deve obrigatoriamente ser levado à homologação judicial. Uma audiência será designada pelo magistrado – *pelo menos em regra, pelo juiz de garantias (art. 3º-B, inciso XVII, do CPP)* - com o fim de que, por meio da oitiva do investigado, na presença de seu defensor, possa verificar a legalidade e a voluntariedade do acordo[9].

A indigitada audiência não contará com a presença do representante do Ministério Público, dado que sua finalidade é justamente permitir ao magistrado aferir se houve qualquer forma de constrangimento em face do investigado, quando da celebração do acordo.

Durante esse ato, o juiz detém a opção de: i) homologar o acordo e, *incontinenti*, encaminhar os autos ao *parquet* para que a execução das condições se inicie perante o juízo da execução (artigo 28-A, § 6º, do CPP); ii) determinar, com a aquiescência do investigado e seu defensor, a reformulação do acordo quando as condições forem inapropriadas, abusivas ou insuficientes (artigo 28-A, § 5º, do CPP) ou iii) recusar a homologação da proposta quando não ocorrer a reformulação exigida ou quando o acordo não respeitar os pressupostos legais (hipótese em que cabível a interposição de recurso em sentido estrito, ex vi do artigo 581, inciso XXV, do CPP).

No caso em que celebrado e homologado o acordo de não persecução penal, o representante do Ministério Público abster-se-á de oferecer denúncia

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

8 Tais condições não se tratam de penas, notadamente por lhes faltar uma das características fundamentais inerente a toda e qualquer pena: a imperatividade. Nesse sentido, o enunciado nº 25 do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União (CNPG) e do Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal (GNCCRIM): "O acordo de não persecução penal não impõe penas, mas somente estabelece direitos e obrigações de natureza negocial e as medidas acordadas voluntariamente pelas partes não produzirão quaisquer efeitos daí decorrentes, incluindo a reincidência".

9 Enunciado nº 24 do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União (CNPG) e do Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal (GNCCRIM): "A homologação do acordo de não persecução penal, a ser realizada pelo juiz competente, é ato judicial de natureza declaratória, cujo conteúdo analisará apenas a voluntariedade e a legalidade da medida, não cabendo ao magistrado proceder a um juízo quanto ao mérito/conteúdo do acordo, sob pena de afronta ao princípio da imparcialidade, atributo que lhe é indispensável no sistema acusatório".

em face do investigado. Com isso, é evidente que este deverá cumprir todas as obrigações assumidas no momento da avença. Caso haja o descumprimento de quaisquer condições estipuladas, o parquet deverá comunicar ao juízo – q*ue outrora homologou o acordo*[10] – para que este rescinda o acordo.

A partir da rescisão, o representante do MP pode dar prosseguimento a persecução penal por meio do oferecimento da exordial acusatória[11] (artigo 28-A, § 10, do CPP), utilizando inclusive, como suporte probatório, a confissão voluntária, formal e circunstanciada prestada pelo investigado no momento da celebração do acordo[12]. Para além disso, o *parquet* poderá utilizar-se do descumprimento da avença como fundamento para a recusa do oferecimento da suspensão condicional do processo (artigo 28-A, § 11, do CPP), notadamente porque este comportamento do investigado revela ausência de senso de responsabilidade e autodisciplina.

Noutro vértice, se cumprido integralmente o acordo será decretada, pelo juízo competente, a extinção da punibilidade do agente (artigo 28-A, § 6º, do CPP).

4. Aplicação da lei no tempo e a retroatividade da lei benéfica

A lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior. Essa é a dicção do artigo 2º do Código de Processo Penal, ao disciplinar a aplicação da lei processual no tempo. No mesmo cariz, o artigo 14 do Código de Processo Civil dispõe que a norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada.

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

10 Enunciado nº 28 do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União (CNPG) e do Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal (GNCCRIM): "Caberá ao juízo competente para a homologação rescindir o acordo de não persecução penal, a requerimento do Ministério Público, por eventual descumprimento das condições pactuadas, e decretar a extinção da punibilidade em razão do cumprimento integral do acordo de não persecução penal".

11 Tal como ocorre no caso de descumprimento injustificado das condições impostas na transação penal (súmula vinculante nº 35: "a homologação da transação penal prevista no artigo 76 da Lei 9.099/1995 não faz coisa julgada material e, descumpridas suas cláusulas, retoma-se a situação anterior, possibilitando-se ao Ministério Público a continuidade da persecução penal mediante oferecimento de denúncia ou requisição de inquérito policial").

12 Enunciado nº 27 do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União (CNPG) e do Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal (GNCCRIM): "Havendo descumprimento dos termos do acordo, a denúncia a ser oferecida poderá utilizar como suporte probatório a confissão formal e circunstanciada do investigado (prestada voluntariamente na celebração do acordo) ".

Nesses termos, a lei produz efeitos a partir da sua entrada em vigor, incindindo de imediato aos processos em curso, preservando apenas os atos já praticados sob a vigência da norma anterior. É a consagração do princípio da imediatidade ou do *tempus regit actum*.

A "irretroatividade da lei penal consubstancia a garantia e a estabilidade do ordenamento jurídico, sem o qual não haveria condição preliminar de ordem e firmeza nas relações sociais e de segurança dos direitos individuais"[13]. O fundamento da aplicação imediata da lei processual "é que se presume seja ela mais perfeita do que a anterior, por atentar mais aos interesses da Justiça, salvaguardar melhor o direito das partes, garantir defesa mais ampla ao acusado, etc"[14].

Essa é a regra aplicável a norma genuinamente processual[15] e também a lei penal pura. Mas esta, ao contrário daquela, possui regramento legislativo diverso no que concerne a retroatividade temporal. Estabelece o parágrafo único, do artigo 2º do Código Penal que a lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos ocorridos antes de sua entrada em vigor, ainda quando já tenham sido julgados por sentença condenatória transitada em julgado. Esse não é nada menos do que o conteúdo do princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica (art. 5º, inciso XL, da CRFB/88).

Mas não é só. Para além destas, existe uma terceira categoria de normas, que possui natureza jurídica distinta. Tratam-se das leis processuais materiais, mistas ou híbridas, que "são aquelas que abrigam naturezas diversas, de caráter penal e de caráter processual penal"[16].

Não há um consenso na doutrina acerca de sua concepção. Para um primeiro pensamento as normas processuais híbridas são aquelas leis que, não obstante estejam disciplinadas em diplomas processuais penais, versam sobre conteúdo material, relacionado a pretensão punitiva como, v.g., a prescrição, o perdão, a perempção, ao direito de queixa e de representação, dentre outros[17]. Por outro lado há quem entenda, de forma ampliativa, que normas processuais

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

13 PRADO, Luiz Regis. Tratado de Direito Penal brasileiro: Parte Geral, volume 1. 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 394.

14 LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal: volume único. 8ª ed. revisada, ampliada e atualizada. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020, p. 91.

15 A despeito da redação processual, existe entendimento doutrinário no sentido de que a norma processual benéfica pode ter aplicação retroativa. V.g.: LOPES JUNIOR, Aury. Direito processual penal. 17ª edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 166.

16 LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal: volume único. 8ª edição. revisada, ampliada e atualizada. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020, p. 91.

17 Nesse sentido: NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. 19ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 74 e LOPES JUNIOR, Aury. Direito processual penal. 17ª edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 165.

mistas são aquelas que "estabelecem condições de procedibilidade, meios de prova, liberdade condicional, prisão preventiva, fiança, modalidade de execução da pena e todas as demais normas que produzam reflexos no direito de liberdade do agente"[18], noutros termos, são "todas as normas que tenham por conteúdo matéria que seja direito ou garantia constitucional do cidadão"[19].

Indiferentemente da concepção que se adote acerca destas normas processuais híbridas, quanto a sua aplicabilidade temporal tem-se um único e inafastável entendimento. O seu tratamento é análogo aquele dispensado às leis materiais: mesmo quando revogada, a norma continuará aplicável aos fatos que ocorreram durante a sua vigência se ela for mais benéfica (ultratividade da lei processual penal mista benéfica), assim como se entrar em vigor uma *novatio legis in mellius* ela se revestirá de retroatividade, de modo a atingir fatos que aconteceram antes de sua inserção no ordenamento jurídico (retroatividade da lei processual penal mista benéfica).

Um clássico exemplo é o da Lei 9.099/95 que trata dos Juizados Especiais. É indubitável que se cuida de norma processual mista, dado que contém dispositivos de natureza material e também de natureza genuinamente processual. Essa lei inseriu no ordenamento jurídico brasileiro institutos de grande relevo. Foi "um marco na concretização de um modelo de Justiça Restaurativa"[20], que instituiu importantes medidas despenalizadoras: a transação penal, a composição civil dos danos e a suspensão condicional do processo.

Mas, não obstante a Lei 9.099/95 detenha natureza processual mista, quando da sua elaboração o legislador dispôs, mais especificamente no artigo 90, que as suas disposições não seriam aplicáveis aos processos penais cuja instrução já tivesse iniciado quando da sua entrada em vigor. Essa disposição é inteiramente válida no que concerne, v.g., a instituição do procedimento sumaríssimo, porém não em relação aqueles institutos despenalizadores que acarretam reflexos no exercício do *ius puniendi.*

Foi exatamente esse o objeto de apreciação pelo Supremo Tribunal Federal no bojo da ação direta de inconstitucionalidade nº 1719. Na ocasião, o pretório excelso, conferindo interpretação conforme a Constituição ao artigo 90 da Lei 9.099/95, decidiu que a aplicação destes institutos, dado que mais favoráveis, devem retroagir para beneficiar todos os réus, mesmo aqueles cujo processo já havia iniciado a fase instrutória.

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

18 LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal: volume único. 8ª edição revisada, ampliada e atualizada. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020, p. 91.

19 LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal: volume único. 8ª edição revisada, ampliada e atualizada. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020, p. 92.

20 NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. 19ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 104.

Esse entendimento é deveras relevante, notadamente porque há quem sugira que ele pode ser, analogicamente, aplicado ao acordo de não persecução penal.

5. Limite temporal a retroatividade do acordo de não persecução penal

Uma reforma na legislação penal. Com ela uma nova lei, novéis regras que disciplinam a matéria processual penal, um inédito instituto penal e, junto tudo a isso, uma imprecisão que tangencia a sua eficácia temporal. É a partir desse cenário que o acordo de não persecução penal pode ser delineado.

Uma inovação no sistema jurídico que em virtude de uma falta de justeza na redação legislativa está ocasionando um caloroso debate acerca do limite temporal a retroatividade do acordo. Portanto, a questão é: qual a baliza temporal da aplicação do acordo aos processos que já estavam em curso quando da entrada em vigor da Lei 13.964/2019? Ele é aplicável apenas aos casos em que não houve o recebimento da denúncia, aos que estão em fase de instrução, àqueles que já possuem sentença condenatória provisória, àqueles que estão em fase de recurso, aos casos que já possuem sentença transitada em julgado, àqueles que estão em fase de execução da pena ou até mesmo àqueles em que a pena já foi cumprida? Existem distintas concepções a respeito.

Primeiro, há quem afirme que o acordo de não persecução penal é norma processual híbrida e, por isso, deve produzir efeitos sobre fatos praticados em momento pretérito a sua existência, *desde que não tenha ocorrido o recebimento da denúncia.* Noutros termos: “o art. 28-A do CPP, que trata do ANPP, traz em seu bojo norma híbrida: traz benefícios penais, mas condiciona a um evento (absolutamente legal e constitucional): não haver processo”[21].

Nessa linha, explicitam que normas mais benignas de cunho estritamente material possuem retroatividade absoluta, em virtude do comando constitucional inserto no artigo 5º, inciso XL, da CRFB/88, porém, leis híbridas, a despeito de serem retroativas, podem ser limitadas no tempo.

Esse seria um caso, pois, na esteira do que aduzem, por meio de uma interpretação literal pode-se afirmar que a intenção do legislador foi exatamente balizar a aplicação do acordo a fase investigatória, eis que o propósito do instituto é justamente evitar a instauração de uma ação penal, dado que se trata de uma medida de política criminal.

Mais além, afirmam que se o intento do legislador fosse aplicar o acordo

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

21 FISCHER, Douglas. Disponível em <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2020/07/11/nao-cabe-acordo-de-nao-persecucao-em-acoes-penais-em-curso/ >. Acesso em 22 de agosto de 2020.

aos casos em que já existe um processo (ou seja, em que houve o recebimento da exordial acusatória) teria aprovado o acordo de não continuidade da ação penal previsto no projeto de lei 882/2019[22]. Por fim, aludem que a conclusão delineada não fere a isonomia, notadamente porque ela deixa de existir se ocorre o recebimento da denúncia, vez que há um dado diferenciador entre as situações: a retroatividade do acordo é aplicado a quem não está sendo processado e não é aplicado aquele que é réu numa ação penal.

Fruto desta corrente, tem-se o enunciado nº 20 do CNPG e o GNCCRIM[23] que aduz: “cabe acordo de não persecução penal para fatos ocorridos antes da vigência da Lei 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia”.

Segundo, há entendimento no sentido de que o limite da retroatividade do acordo de não persecução penal é o *proferimento da sentença condenatória*[24]*.* Para tanto, afirma-se que o acordo, assim como os demais institutos despenalizadores, não representam direito subjetivo do agente e que a sua aplicação deve se compatibilizar aos propósitos preventivos e repressivos do Direito Penal. Por conseguinte, aduz-se que o acordo não representa valoração da culpa, logo, não se amparam nas mesmas bases jurídicas do plea bargain e tem como objetivo imediato obstar a instauração de ação penal.

Ademais, nesses termos a aplicação do instituto após a sentença desconsideraria que, depois dessa fase processual, as premissas fáticas e jurídicas do caso já estão estabilizadas e que, salvo situações excepcionalíssimas,

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

22 Nessa linha, um excerto do voto da desembargadora federal Salise Sanchotene na Correição Parcial n° 5003844-20.2020.4.04.0000/RS do TRF4: “originariamente, o PL 882/2019 previa dois tipos de acordo, a saber, o acordo de não persecução penal no artigo 28-A, para propositura na fase pré-processual, portanto, antes do recebimento da denúncia, e o acordo de não continuidade da persecução penal, no que seria o artigo 395-A, que poderia ser realizado após o recebimento da denúncia e antes da instrução da ação penal ter início. Contudo, durante o trâmite do processo legislativo, o PL 882/2019 foi arquivado e considerado prejudicado pelo substitutivo que resultou no PL 10.372, no qual deixou de constar o acordo de não continuidade da persecução penal, sendo o PL 10.372 convertido na Lei nº 13.964/2019”.

23 Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União (CNPG) e o Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal (GNCCRIM).

24 A esse respeito: CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Manual do acordo de não persecução penal. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 213; LOPES JR., Aury; JOSITA, Higyna. Questões polêmicas do acordo de não persecução penal. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-06/limite-penal-questoes-polemicas-acordo-nao-persecucao-penal>. Acesso em: 23 agosto 2020; ARAS, Vladimir. O Acordo de Não Persecução Penal após a Lei 13.964/2019. In: JUNQUEIRA, Gustavo; VANZOLINI, Patrícia; FULLER, PAULO Henrique; PARDAL, Rodrigo (org.). Lei Anticrime Comentada. São Paulo: JH Mizuno, 2020. p. 178.

a confissão do agente não mais colaboraria com o Ministério Público. E mais: ignoraria o fato de que quando já formado uma hígida sentença condenatória, não poderiam os autos retornar à origem, eis que esgotada a jurisdição ordinária.

Além disso, erige-se que a aplicação ampla e irrestrita do acordo até o trânsito em julgado da ação penal violaria o princípio constitucional da tutela eficiente dos bens jurídicos protegidos pelo Direito Penal, assim como representaria um fator de descrédito da Justiça Criminal e da sua eficiência.

Aliás, esse pensamento se ampara, analogicamente, ao limite temporal fixado pelo Supremo Tribunal Federal, no HC nº 74.463-0, quanto a retroatividade da aplicação da suspensão condicional do processo (artigo 89 da Lei 9.099/95) aos fatos cometidos antes da entrada em vigor da Lei dos Juizados Especiais.

Enfim, esse é o pensamento que reputamos mais adequado.

Terceiro, há um posicionamento que assevera que o limite da retroatividade da eficácia temporal do acordo deve ser o *trânsito em julgado da ação penal.*

Nesse aspecto, argumenta-se que o acordo de não persecução penal, apesar de possuir natureza híbrida e ser uma solução negociada que visa abreviar o processo assim como a suspensão condicional do processo, com esta não se identifica totalmente, vez que, em essência, são institutos que detêm sentido e consequências diversas, o que, por conseguinte, justificaria interpretação distinta daquela dada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC nº 74.463-0 em eventual apreciação do acordo.

Em continuidade, firme nesta premissa, afirma-se que a prolação de sentença condenatória não esgota a persecução penal e, portanto, eventual restrição quanto ao momento de incidência do acordo, por via interpretativa, não seria nada mais do que uma inaceitável restrição do alcance normativo do instituto, que acarretaria um gravoso prejuízo ao agente, sem qualquer amparo legal ou constitucional. Nesse cariz, o intérprete estar-se-ia, sem fundamento, a substituir o legislador em sua função e, com isso, impor um limite inconstitucional à norma favorável, eis que violador do comando imposto no artigo 5º, inciso XL, da CRFB/88.

Sustenta-se, ademais, que a invocação do arquivamento do PL nº 882 como argumento para afirmar que o limite à retroatividade deve ser o recebimento da denúncia é muito falho, especificamente porque o arquivamento do projeto não foi motivado pela sua rejeição material, mas tão somente interrupção da tramitação em face de sua prejudicialidade. Portanto, um “mero” arquivamento não poderia configurar um obstáculo à busca de uma interpretação mais benigna ao réu.

Finalmente, esta corrente anuncia que a inexistência de confissão nos

processos sentenciados não seria óbice ao oferecimento do acordo ao réu, notadamente porque o instituto é uma inovação legal e, sendo assim, seria razoável conferir ao agente a chance de rever sua estratégia processual, inclusive considerando a oportunidade de confessar a prática do ilícito e, com isso, receber o benefício.

Com fulcro nesse entendimento é que o enunciado nº 98 da 2ª CCR do MPF[25] foi firmado: "é cabível o oferecimento de acordo de não persecução penal no curso da ação penal, isto é, antes do trânsito em julgado, desde que preenchidos os requisitos legais, devendo o integrante do MPF oficiante assegurar seja oferecida ao acusado a oportunidade de confessar formal e circunstancialmente a prática da infração penal, nos termos do art. 28-A da Lei n° 13.964/19, quando se tratar de processos que estavam em curso quando da introdução da Lei 13.964/2019, conforme precedentes".

Ainda, o entendimento fixado pela 4ª Seção do TRF durante o julgamento da questão de ordem suscitada nos autos dos EINF nº 5001103-25.2017.4.04.7109/RS: "o acordo de não persecução penal consiste em *novatio legis in mellius*, vez que a norma penal tem, também, natureza material ou híbrida mais benéfica, na medida que ameniza as consequências do delito, sendo aplicável às ações penais em andamento. É possível a retroação da lei mais benigna, ainda que o processo se encontre em fase recursal".

Destarte, há uma última corrente que afirma *não existir um estágio processual que balize a aplicação do acordo de não persecução penal* aos processos que tramitavam antes da sua inauguração na ordem jurídica[26].

Acerca disso, alega-se que se está a se tratar de norma híbrida – como no caso – que comporta efeito retroativo da norma legal, consoante determina o mandamento constitucional previsto no artigo 5º, inciso XL, não se pode "inventar" um limite a essa aplicação ao arrepio da lei. Assim, se a lei penal retroage em casos de abolição de infração penal e também de atenuação de pena, inclusive nos processos já transitados em julgado, razão não haveria para assim ser no caso do acordo.

Essa é a corrente adotada pelos procuradores de justiça do Ministério Público do Estado do Paraná Fábio André Guaragni e Rodrigo Régnier Chemim Guimarães, os quais sustentam que "sendo regra processual com conteúdo material e sendo mais benéfica, retroage, inclusive desconstituindo coisa jul-

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

25 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal.

26 Seguindo essa linha: DE BEM, Leonardo Schmitt; MARTINELLI, João Paulo. O limite temporal da retroatividade do acordo de não persecução penal. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-limite-temporal-da-retroatividade--do-acordo-de-nao-persecucao-penal-24022020#_ftn4.>. Acesso em: 24 agosto 2020; QUEIROZ, Paulo. Retroatividade da lei anticrime. Disponível em: <https://www.pauloqueiroz.net/retroatividade-da-lei-anticrime/>. Acesso em: 24 agosto 2020.

gada", desde que preenchidas as condições impostas pelo artigo 28-A do CPP, principalmente a de que o agente tenha confessado formal e circunstanciadamente o cometimento da infração penal durante a fase investigatória[27].

6. Conclusão

O acordo de não persecução penal, diante das características marcantes e singulares que o definem, trata-se de uma importante inovação legal no ordenamento jurídico brasileiro. Idealizado com o propósito de dar concretude ao princípio do direito penal mínimo – que reserva a intervenção estatal mediante penas mais austeras, tal como a privação da liberdade, para crimes mais graves –, tem como finalidade precípua incrementar celeridade na tramitação dos feitos criminais, apresentar soluções mais eficazes e menos deletérias aos infratores da lei penal, minimizar o número de processos criminais e o expressivo quantitativo de encarceramento e, ainda, permitir a solução consensual em âmbito criminal, sem olvidar da imposição de obrigações razoáveis ao agente que perpetrar infrações de pequeno e médio potencial ofensivo.

Inserto no artigo 28-A do Código de Processo Penal pela Lei 13.964/2019, cuida-se nitidamente de um instituto de natureza híbrida. Por tal razão, comporta aplicação retroativa no tempo, dado conferir um tratamento mais benigno ao investigado/acusado/réu.

O cerne da questão reside justamente em saber qual o momento que deve limitar a incidência do acordo aos processos que já estavam em curso na data de sua entrada em vigor no sistema penal.

Diferentes concepções se apresentam como resposta a essa indagação: para uns a de que o recebimento da denúncia deve balizar esse limite, para outros a prolação da sentença condenatória, alguns mencionam o trânsito em julgado da condenação e outros afirmam que a retroatividade pode incidir a qualquer tempo.

O entendimento com o qual concordamos é o de que o limite temporal à retroatividade deve ser o proferimento da sentença, notadamente porque se alinha mais a finalidade repressiva e preventiva do Direito Penal e também ao princípio da tutela eficiente dos bens jurídicos. Ademais, é condizente com o fato de que o acordo não é um direito subjetivo do investigado e com a circunstância de que após prolatada a sentença condenatória a confissão do acusado não mais contribui com a ação penal. Para além disso, tal pensamento se alinha, ainda que analogicamente, com a solução dada pelo Supremo Tri-

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

27 GUARAGNI. Fábio André; GUIMARÃES. Rodrigo Regnier Chemim. A sucessão de leis penais no tempo e o "pacote anticrime". Ministério Público do Estado do Paraná, 2020.

bunal Federal quanto a aplicação da suspensão condicional do processo, no julgamento do HC nº 74.463-0.

Enfim, tais concepções servem como norte interpretativo para que juízes e tribunais materializem na prática a previsão legal do acordo de não persecução penal, até que os Tribunais Superiores possam dar a palavra final sobre o assunto, pacificando, então, essa questão intertemporal.

7. Referências Bibliográficas:

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Manual do acordo de não persecução penal. Salvador: Juspodivm, 2020.

DE BEM, Leonardo Schmitt; MARTINELLI, João Paulo. O limite temporal da retroatividade do acordo de não persecução penal. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-limite-temporal-da-retroatividade-do-acordo-de-nao-persecucao-penal-24022020#_ftn4.>. Acesso em: 23 de agosto de 2020.

FISCHER, Douglas. Não cabe acordo de não persecução em ações penais em curso. Disponível em <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2020/07/11/nao-cabe-acordo-de-nao-persecucao-em-acoes-penais-em-curso/ >. Acesso em: 22 de agosto de 2020.

GUARAGNI. Fábio André; GUIMARÃES. Rodrigo Régnier Chemim. A sucessão de leis penais no tempo e o "pacote anticrime". Ministério Público do Estado do Paraná, 2020.

JUNQUEIRA, Gustavo; VANZOLINI, Patrícia; FULLER, PAULO Henrique; PARDAL, Rodrigo (org.). Lei Anticrime Comentada. São Paulo: JH Mizuno, 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal: volume único. 8ª edição revisada, ampliada e atualizada. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. Pacote Anticrime: Comentários à Lei nº 13.964/2019 – artigo por artigo. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

LOPES JUNIOR, Aury. Direito processual penal. 17ª edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

LOPES JR., Aury; JOSITA, Higyna. Questões polêmicas do acordo de não persecução penal. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-06/li-

mite-penal-questoes-polemicas-acordo-nao-persecucao-penal>. Acesso em: 23 agosto 2020.

PRADO, Luiz Regis. Tratado de Direito Penal brasileiro: Parte Geral, volume 1. 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

QUEIROZ, Paulo. Retroatividade da lei anticrime. Disponível em: <https://www.pauloqueiroz.net/retroatividade-da-lei-anticrime/>. Acesso em: 24 agosto 2020.

ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: QUAL É O LIMITE DA APLICAÇÃO RETROATIVA DO ARTIGO 28-A DO CPP?

Odoné Serrano Júnior[1]
Caroline Lange[2]
Emili Cristina de Freitas de Arruda[3]
Renata Albuquerque da Silva[4]

SUMÁRIO

RESUMO

O artigo busca analisar o acordo de não persecução penal, instrumento de justiça negocial introduzido no Código de Processo Penal pela Lei 13.964/2019, e os limites de sua aplicação retroativa aos crimes cometidos antes da vigência da inovação legislativa, expondo-se os diferentes entendimentos acerca de até que momento da persecução criminal seria cabível o oferecimento de referido acordo.

PALAVRAS-CHAVE: Justiça penal negocial; acordo de não persecução penal; retroatividade; norma híbrida; limite da retroatividade.

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

1 Doutor em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Mestre em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná. Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Paraná, atualmente da unidade Promotoria de Justiça de Penas e Medidas Alternativas de Curitiba/PR.

1. Introdução, contextualização e delineamento do problema que será analisado

Com a edição da Lei 14.964, de 24 de dezembro de 2019, conhecida como Lei Anticrime vieram ao lume vários questionamentos de direito intertemporal, emergindo vários posicionamentos sobre até qual momento procedimental da persecução penal seria possível a aplicação retroativa do artigo 28-A do Código Penal que contempla e regulamenta o acordo de não persecução penal.

O acordo de não persecução penal regulamentado pelo artigo 28-A, introduzido no Código de Processo Penal pela Lei 13.964, de 24 de dezembro de 2019, que começou a vigorar em 23 de janeiro de 2020, é instrumento alternativo de justiça negocial que pode ser manejado pelo Ministério Público sempre que estiverem presentes os seguintes vetores: a) não seja caso de arquivamento da investigação; b) o criminoso assume a autoria do delito (confissão formal e circunstancial); c) a infração deve apresentar pena mínima inferior a quatro anos, devendo ser consideradas as causas de aumento (no patamar mínimo) e diminuição (no patamar máximo) aplicáveis ao caso concreto; d) não constitua crime praticado com violência ou grave ameaça contra pessoa (crime doloso); e) não seja crime de violência doméstica; f) o agente não seja reincidente; g) não seja possível a transação penal; h) o agente não possua antecedentes que caracterizem conduta criminosa habitual, observando-se a Súmula nº 444 do Superior Tribunal de Justiça; i) o agente não tenha sido beneficiado com o acordo de não persecução penal, transação ou sursis processual nos últimos 5 anos; j) a medida seja necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime.

No acordo de não persecução penal se pactuarão as condições que deverão ser cumpridas pelo investigado, cumulativa ou alternativamente: reparação do dano, restituição da coisa à vítima, prestação pecuniária ou serviço à comunidade ou até outra medida indicada pelo órgão acusador, contanto que seja proporcional e compatível com a infração penal imputada.

Com o novo instituto há um incremento do poder-dever discricionário do Parquet e uma mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal diante das infrações penais de média gravidade. Ainda que no caso concreto haja a subsunção aos pressupostos legais supracitados nas alíneas “a” a “i”, inexiste direito subjetivo ao benefício, pois o requisito da alínea “j” abre a moldura para a análise discricionária do Ministério Público à luz do interesse público, podendo ensejar a recusa motivada de propositura deste acordo.

Respeitadas as peculiaridades de cada instituto, mas de modo similar à recusa motivada de formulação de proposta suspensão condicional do processo (art. 88 da Lei 9.099/95), não será o Poder Judiciário, mas sim o próprio

Ministério Público que, em sede revisional, dará a decisão final sobre aplicar ou não o instrumento do artigo 28-A do CPP no caso concreto. Por isso, tende a se estender para o acordo de não persecução penal o entendimento assentado na Súmula nº 696 do Supremo Tribunal Federal sobre a recusa de utilização da suspensão condicional do processo, reconhecendo ser de prerrogativa institucional do Ministério Público decidir se irá ou não utilizar daquele meio alternativo, não havendo em qualquer desses dois institutos, ante a recusa do Parquet, um direito subjetivo aplicável pelo Judiciário.

Assim, ante a recusa de utilização desse instrumento pelo Promotor de Justiça, o investigado poderá requerer revisão dessa decisão pelo órgão superior incumbido desse mister: o Procurador-Geral de Justiça, quando perante a Justiça Estadual, ou a Câmara de Coordenação e Revisão, quando a questão envolver matéria afeta à Justiça Federal, seguindo a sistemática do artigo 28, do Código de Processo Penal.

Não é recente no sistema jurídico nacional o emprego de instrumentos de justiça consensual no âmbito da Justiça Criminal. Podem-se arrolar como exemplos de meios alternativos a persecução criminal tradicional full trial (de julgamento completo) utilizados pelo Direito Brasileiro: a) a composição dos danos à vítima com efeito de renúncia ao direito de queixa ou representação da vítima em ações penais de iniciativa privada ou de ação penal pública condicionada à representação (art. 74 da Lei 9.099/95); b) a transação penal (proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade) (art. 76 da Lei 9.099/95); c) a suspensão condicional do processo (art. 88 da Lei 9.099/95).

Também não se pode negar a grande similitude do acordo de não persecução penal com a remissão cumulada com medidas socioeducativas largamente utilizada no âmbito dos atos infracionais praticados por adolescentes (Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei 8.069/90, artigos 126 a 128).

Cabe ainda mencionar como institutos mais recentes da justiça penal negocial a delação (ou colaboração) premiada, regulada pela Lei nº 12.850/2013, a qual estabeleceu hipótese singular de justiça negociada e com abrangência restrita, estimulando a confissão do acusado na expectativa de obter benefício à sua condição processual a partir da redução da pena na condenação.

Não se tem aqui a pretensão de indicar todos os instrumentos negociais existentes no ordenamento jurídico brasileiro no âmbito da justiça criminal, mas apenas demonstrar que o acordo de não persecução penal, inicialmente previsto no duplo regramento pelo Conselho Nacional do Ministério Público (Resoluções nº 181/2017 e nº 183/2018), e agora inserido no Código de Processo Penal, art. 28-A, pela Lei nº 13.964/2019, segue uma tendência de utilização mais ampla de meios alternativos para solução de casos criminais.

Uma tendência que também ocorre alhures. Os Estados Unidos da América têm larga experiência no uso de instrumentos de justiça penal negocial, a

exemplo do instituto pleabargaining, com suas variáveis guilty plea ou plea of guilty, com lastro na confissão do cometimento do delito, e nolo contendere, no qual o imputado não assume a culpa, não confessa, mas aceita o acordo e se compromete a cumprir as medidas entabuladas porque declara não ter interesse em discutir judicialmente o caso e quer evitar o julgamento. Estima-se que mais de 90% dos casos criminais daquele país são encerrados utilizando-se dessas vias[5]. Na Europa, seguindo a Recomendação nº 18 do Conselho da Europa, a justiça penal é realizada de forma simplificada, priorizando o ajuste entre as partes e desestimulando a intervenção judicial. Na mesma senda, a Assembleia Geral das Nações Unidas, por sua vez, na Resolução nº 45/110, de 14 de dezembro de 1990, adotou as "Regras Mínimas das Nações Unidas para a Elaboração de Medidas não Privativas de Liberdade", também conhecida como "Regras de Tóquio", recomendando o emprego de meios alternativos no âmbito da Justiça Criminal.[6]

Feita essa breve introdução, passa-se a delinear o problema que será analisado neste artigo, traduzido nas seguintes indagações: Há possibilidade de aplicação retroativa do artigo 28-A do Código de Processo Penal que rege o acordo de não persecução penal? Se sim, até que momento ou fase da persecução penal isso é possível? Somente em processos criminais ainda não denunciados? Ou poderia aplicar a nova regra mais benéfica em processos já denunciados e ainda não sentenciados? O limite derradeiro seria a prolação da sentença ou, ao contrário, se poderia aplicar acordo de não persecução penal em processos cujas sentenças condenatórias ainda não transitaram em julgado para a Defesa. E na fase de execução penal, quando já há sentença penal condenatória transitada em julgado, é possível fazer essa conversão? E após já cumprida a pena, seria possível aplicar retroativamente os benefícios da lei

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

5 CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. Plea Bargaining e Justiça Criminal Consensual: entre os ideais de funcionalidade e garantismo. Revista Eletrônica do Ministério Público Federal Custos Legis, 2012. Disponível em: <http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista/2012_Penal_Processo_Penal_Campos_Plea_Bargaining.pdf >. Acesso em 14 ago. 2020.

6 Vale destacar esta parte do referido documento "II. Estágio anterior ao julgamento. 5. Medidas que podem ser tomadas antes do processo. 5.1 Sempre que adequado e compatível com o sistema jurídico, a polícia, o Ministério Público ou outros serviços encarregados da justiça criminal podem retirar os procedimentos contra o infrator se considerarem que não é necessário recorrer a um processo judicial com vistas à proteção da sociedade, à prevenção do crime ou à promoção do respeito pela lei ou pelos direitos das vítimas. Para a decisão sobre a adequação da retirada ou determinação dos procedimentos deve-se desenvolver um conjunto de critérios estabelecidos dentro de cada sistema legal. Para infrações menores, o promotor pode impor medidas não privativas de liberdade, se apropriado." Disponível em: < https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/6ab7922434499259ffca0729122b2d38-2.pdf.> Acesso em 13 jul. 2020.

28-A do CPP?

Essas questões são relevantes e pertinentes na atualidade, pois muitos pedidos vêm sendo apresentados para aplicação retroativa do artigo 28-A do CPP.

Para examinar tal questão, primeiramente é necessário compreender se estamos diante de uma norma penal, processual penal ou híbrida, por seus diferentes efeitos práticos na extensão da sua aplicabilidade: Norma puramente de direito processual aplica-se somente para os delitos cometidos após o início da vigência da lei e apenas para processos vindouros, conforme preconiza o artigo 2º, do Código de Processo Penal. Normas de direito penal se favoráveis ao autor do crime, aplicam-se retroativamente, consoante estabelece o parágrafo único do artigo 2º do Código Penal e artigo 5º, XL, da Constituição da República (direito fundamental à retroatividade da lei penal benigna (*novatio legis in mellius*).

O doutrinador Guilherme de Souza NUCCI[7] ensina que "apesar de estarem no contexto do processo penal, regendo atos praticados pelas partes durante a investigação policial ou durante o trâmite processual, têm forte conteúdo de Direito Penal", justamente porque o acordo de não persecução penal integralmente cumprido ocasiona a extinção da punibilidade do acusado (artigo 28-A, § 13, do Código de Processo Penal).

Além de gerar a extinção da punibilidade, há também o efeito previsto no § 12 do referido artigo 28-A, de não constar nos registros criminais nem a celebração nem o cumprimento do acordo. E quando o caso criminal se resolve por acordo, não há uma sentença penal condenatória, portanto, se houver futura reiteração na prática de delito, deixa de se caracterizar reincidência, ex vi do regramento dos artigos 63 e 64 do Código Penal,

Logo, seu conteúdo de direito penal material é evidente. E, configurada a natureza híbrida, abarcando regras de direito penal e processual penal, mostra-se juridicamente possível a aplicação retroativa do artigo 28-A do CPP.

Contudo, admitir sua aplicação retroativa, não significa que não haja limites para converter processos criminais em andamento, ou já sentenciados, ou em execução penal em curso ou até mesmo com penas já integralmente cumpridas em acordo de não persecução penal.

A investigação desse limite será feita analisando as diversas posições encontradas na doutrina e na jurisprudência até o presente momento, identificando os seus argumentos.

2. Análise dos limites para aplicação retroativa do artigo

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

7 NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo Penal e Execução Penal. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, pag. 151.

28-A do CPP, conforme a fase procedimental em que se encontra a persecução criminal:

2.1. Até o oferecimento da denúncia

O Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União (CNPG) e o Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal (GNCCRIM), com o objetivo de auxiliar os membros do Ministério Público no desenvolvimento de suas atividades, emitiram enunciados interpretativos da Lei nº 13.964/2019.

No que se refere ao acordo de não persecução penal, em especial acerca da interpretação e aplicação do art. 28-A, do Código de Processo Penal, foi emitido o Enunciado 20, aduzindo que "cabe acordo de não persecução penal para fatos ocorridos antes da vigência da Lei nº 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia"[8].

Em pesquisa junto aos Ministérios Públicos Estaduais, observa-se que grande parte adota entendimento semelhante ao contido na supracitada orientação.

Cita-se aqui a Recomendação nº 04/2020 – CG-MPAP[9], por meio da qual o Ministério Público do Estado do Amapá orienta que seus membros, ao interpretar as inovações trazidas pela Lei n. 13.964/2019, levem em conta os enunciados emitidos pelo CNPG e pelo GNCCRIM.

O Procurador-Geral de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul editou o Provimento nº 01/2020 – PGJ[10], que traz em seu art. 1º, parágrafo 2º que "caberá acordo de não persecução penal para fatos ocorridos antes da vigência da Lei n. 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia".

O Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro emitiu a Resolução Conjunta CPGJ/CGMP nº 20/2020[11], aduzindo em seu artigo 1º, parágrafo único que "o acordo de não persecução penal poderá ser celebrado até o recebimento da denúncia, inclusive para fatos ocorridos antes da vigência da Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime".

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

8 Disponível em: <https://www.cnpg.org.br/images/arquivos/gndh/documentos/enunciados/GNCCRIM_Enunciados.pdf>. Acesso em: 6 jul. 2020.

9 Disponível em: <http://www.mpap.mp.br/diario/pdf/diario/463 >.Acesso em: 20 jul. 2020.

10 Disponível em: < https://www.mprs.mp.br/legislacao/provimentos/13533/ >. Acesso em: 20 jul. 2020.

11 Disponível em:< https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1325644/27.01.2020.pdf >. Acesso em: 20 jul. 2020.

O Ministério Público do Estado do Mato Grosso do Sul, por meio da Recomendação nº 2/2020 – PGJ[12], postulou que "caberá acordo de não persecução penal para fatos ocorridos antes da vigência da Lei nº 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia", conforme disposto no artigo 1º, parágrafo 2ª, de referido documento.

A Recomendação Conjunta nº 01/2020/PGJ/CGMP/CAOPAC[13], do Ministério Público do Estado do Tocantins direciona em seu artigo 12 que "caberá acordo de não persecução penal para fatos ocorridos antes da vigência da Lei nº 13.964/2019, desde que ainda não recebida a denúncia".

No Manual explicativo acerca do acordo de não persecução penal, elaborado pelo Centro de Apoio Operacional das Procuradorias e Promotorias de Justiça Criminais do Estado do Acre[14], expõe-se que a instituição acolhe o entendimento apresentado no enunciado 20 do CNPG e do GNCCRIM, compreendendo o acordo de não persecução penal como instrumento cabível na fase anterior ao processo.

Ainda, no Manual de Atuação e Orientação Funcional: Acordo de Não Persecução Penal, do Centro de Apoio Operacional às Promotorias de Justiça Criminais do Estado do Rio Grande no Norte[15], defende-se que a interpretação nos termos do disposto no enunciado 20 do CNPG e do GNCCRIM é a mais acertada. Entende-se que o acordo de não persecução penal é negócio jurídico extrajudicial e instrumento de política criminal que tem por objetivo evitar a judicialização. Assim, se já recebida a denúncia, perde-se sua finalidade.

Em conformidade com este entendimento, traz-se ainda os argumentos apresentados por Douglas Fischer[16], Procurador Regional da República na

12 Disponível em:< https://mpms.mp.br/downloads/DOMPMS-2130.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2020.

13 Disponível em:< https://mpto.mp.br/portal/2020/02/04/610236-mpto-publica-recomendacao-conjunta-com-orientacoes-para-a-formalizacao-de-acordo-de-nao-persecucao-penal>. Acesso em: 20 jul. 2020.

14 MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ACRE. CAOP CRIM – Centro de Apoio Operacional das Procuradorias e Promotorias de Justiça Criminais. Manual explicativo: acordo de não persecução penal. Disponível em:< https://www.mpac.mp.br/wp-content/uploads/Manual_-_ANPP.pdf.pdf>. Acesso em: 16 jul. 2020.

15 MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE. CAOP Criminal – Centro de Apoio Operacional às Promotorias de Justiça Criminais. Manual de Atuação e Orientação Funcional: Acordo de Não Persecução Penal. Disponível em:<http://www.ampern.org.br/app/webroot/uploads/files/Manual_ANPP_CAOP%20Criminal.pdf >. Acesso em: 16 jul. 2020.

16 FISCHER, Douglas. Não cabe acordo de não persecução em ações penais: Admitir a aplicação em ações penais em andamento configura uma criação sem base dogmática e sistemática legal. JOTA, 11/06/2020. Disponível em: < https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/nao-cabe-acordo-de-nao-persecucao-em-acoes-penais-11062020 >. Acesso em: 14 jul. 2020.

4ª Região, em estudo jurídico sobre o tema. O jurista alerta que defender a aplicação do acordo de não persecução penal nos processos em que já houve recebimento da denúncia "sob o (fácil) escudo geral de que consistiria em providência 'mais benéfica ao infrator', configura uma criação sem base dogmática e sistemática legal". Afirma que tal interpretação resulta em se admitir inclusive a possibilidade de aplicação do acordo de não persecução penal aos casos em que já existe sentença condenatória transitada em julgado, pois "ou ela retroage para todos os casos (absolutamente todos), ou ela é limitada por algum fator objetivo, que, no caso, tem natureza processual penal, que é o recebimento da denúncia". Sob seu ponto de vista, adotar outros marcos para a possibilidade de aplicação do acordo, tais como, até a sentença, até condenação em segundo grau, até o trânsito em julgado ou até mesmo posteriormente, trata-se de "mero decisionismo sem qualquer racionalidade à luz do ordenamento jurídico vigente".

Expõe Douglas Fischer que não há dúvidas acerca da retroatividade do instituto para os fatos ocorridos antes da entrada em vigor da Lei nº 13/964/2019, mas que, à luz do princípio do *tempus regit actum*, é necessário contextualizar e compatibilizar o disposto no artigo 28-A, do Código de Processo Penal, pois, por mais que a nova norma traga um benefício, está condicionada à inexistência de um processo. Nessa linha, argumenta que a vontade do legislador deve ser acatada, sendo, portanto, a aplicabilidade do acordo limitada temporalmente até o recebimento da denúncia. Reforçando essa linha de interpretação, relembra que o projeto de lei contemplava o instituto do acordo de não continuidade de persecução penal, cabível entre o recebimento da denúncia e a instrução processual, que acabou rejeitado pelo legislador.

Por fim, o Procurador da República Douglas Fischer critica os que defendem a retroatividade do acordo com base no entendimento adotado pelo STF no julgamento da Questão de Ordem no Inquérito 1.055 e da ADI 1719, pois a simples leitura das ementas não se mostra suficiente para entender o contexto das decisões e, uma vez analisados os julgados em sua íntegra, percebe-se que neles nada se afirmou acerca da possibilidade de aplicação das normas de transação penal e da suspensão condicional do processo às ações penais em andamento.

Coadunando com essa linha interpretativa, destacam-se duas decisões monocráticas proferidas pelo Ministro Felix Fisher, do Superior Tribunal de Justiça.

Em decisão monocrática proferida em 03/05/2020, nos Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 1.668.298 – SP[17], o Ministro pontuou que, no caso em análise, não houve a confissão

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

17 Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/me-

formal e circunstancial da prática da infração penal pelo embargante, além de que o acordo não é cabível quando há condenação confirmada em segundo grau, mas somente na fase de investigação criminal ou até o recebimento da denúncia.

Posteriormente, em 25/06/2020, na decisão de Petição no Agravo em Recurso Especial nº 1.668.089 – SP[18], apontou não ser cabível acordo de não persecução penal em fase recursal e que, conforme o Enunciado nº 20 do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União (CNPG) e o Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal (GNCCRIM), o instituto não pode ser oferecido após o recebimento da denúncia.

Registra-se também decisão liminar proferida em 03 de junho de 20200 no Habeas Corpus nº 584.244 – SC[19], de relatoria da Ministra Laurita Vaz, que manteve a eficácia do acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina na Apelação Criminal n.º 0005280-60.2015.8.24.0008, o qual indeferiu o pedido de baixa dos autos para o Juízo a quo para ouvir o Ministério Público sobre eventual proposta de acordo de não persecução penal.

2.2. Até a prolação da sentença condenatória

O Ministério Público de São Paulo adotou entendimento diverso do firmado no Enunciado nº 20 do CNPG e do GNCCRIM, configurando a corrente que defende a possibilidade de aplicação, até mesmo retroativa, do artigo 28-A do CPP, convertendo-se processos criminais já denunciados em acordos de não persecução penal, mas até o limite da prolação da sentença condenatória.

A Procuradoria-Geral de Justiça e a Corregedoria-Geral do Ministério Público de São Paulo emitiram enunciados orientando acerca da aplicação das alterações introduzidas pela Lei n. 13.964/19, e, no que se refere ao limite temporal do ANPP, foi emitido o Enunciado 30[20], que prevê que "aplica-se o artigo 28 do CPP nos casos em que, oferecida a denúncia, o juiz entenda cabível a proposta de acordo de não persecução penal".

---

diado/?componente=ATC&sequencial=109382368&num_registro=202000430078&data=20200518&tipo=91&formato=PDF> Acesso em: 7 jul. 2020.

18 Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/monocraticas/decisoes/?num_registro=202000417878&dt_publicacao=29/06/2020> Acesso em: 7 jul. 2020.

19 Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/MON?seq=110536567&tipo=0&nreg=202001238510&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20200605&formato=PDF&salvar=false%20%3E >. Acesso em: 8 jul. 2020.

20 Disponível em:<http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/corregedoria_geral/Publicacoes/Enunciados%20PGJ-CGMP%20-%20Lei%2013.964-19.pdf >. Acesso em: 20 jul. 2020.

O Boletim Criminal Comentado nº 87, de abril de 2020, e o nº 99, de julho de 2020, do Centro de Apoio Operacional Criminal do Ministério Público do Estado de São Paulo trouxeram estudos acerca do tema: “ANPP após a sentença condenatória. Tese de não cabimento[21]” e “ANPP. Crimes praticados antes e depois da Lei 13.964/19. Pressupostos para o cabimento do acordo e recentes decisões do STJ[22]”. Nestes, defende-se que o artigo 28-A do Código de Processo Penal é norma híbrida e que poderá ser aplicada aos processos em curso. Contudo, pontua-se ser necessário estabelecer um limite à retroatividade, compatibilizando-se o aspecto processual do acordo de não persecução penal com a fase processual do caso concreto, concluindo-se que este marco seria a prolação sentença condenatória.

Particularmente no estudo “ANPP. Crimes praticados antes e depois da Lei 13.964/19. Pressupostos para o cabimento do acordo e recentes decisões do STJ”, são apresentados argumentos favoráveis à aplicação retroativa mesmo após o recebimento da denúncia. O primeiro, seria a aplicação do princípio da isonomia, oferecendo-se o seguinte exemplo: duas pessoas cometem o mesmo delito, na mesma data e no mesmo local, mas em um dos casos há oferecimento de denúncia antes de entrar em vigor a novidade legislativa e, no outro, em razão da demora no inquérito, foi celebrado acordo de não persecução. Por segundo, defende-se que não se deve olvidar os objetivos do instituto, particularmente sua adoção como política criminal a ser implementada pelo Ministério Público, reduzindo a judicialização e a sobrecarga de trabalho e, consequentemente, os custos de um processo muitas vezes moroso, permitindo-se assim que o ente ministerial priorize outras atividades além da obtenção da condenação.

Por seu turno, o estudo “ANPP após a sentença condenatória. Tese de não cabimento” deixa claro que o Centro de Apoio entende que o limite à retroação da norma é a sentença condenatória. Esta cognição ampara-se no fato de que um dos pressupostos para a viabilidade do acordo é a confissão formal e circunstanciada, e que a inexistência desta evidencia a falta de interesse em colaborar do acusado. Rebatendo o argumento de que o acusado poderia ser novamente interrogado após a sentença e, assim, cumprir referido requisito legal, sustenta-se ser esta confissão inútil para o Ministério Público sob o as-

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

21 MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO. CAOCRIM – Centro de Apoio Operacional Criminal. Boletim Criminal Comentado nº 87, de abril de 2020. ANPP após a sentença condenatória. Tese de não cabimento. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Criminal/Boletim_Semanal/ >. Acesso em: 15 jul. 2020.

22 MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO. CAOCRIM – Centro de Apoio Operacional Criminal. Boletim Criminal Comentado nº 99, de julho de 2020. Pressupostos para o cabimento do acordo e recentes decisões do STJ. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Criminal/Boletim_Semanal/>. Acesso em: 15 jul. 2020.

pecto do instituto como política criminal, pois nesse momento o sentenciado já sabe quais são as consequências da condenação, podendo utilizar do acordo apenas para benefício próprio, buscando afastar os efeitos da condenação. E, ainda que haja a confissão durante a instrução processual, o acordo não seria cabível, pois a via ordinária já estaria esgotada, existindo sentença condenatória que não poderia ser anulada, não havendo razões que justifiquem a devolução dos autos para o juízo a quo.

Aponta-se ainda que o Supremo Tribunal Federal, quando da análise da suspensão condicional do processo interpretou que não caberia a aplicação da Lei nº 9.099/1995 após a sentença condenatória, ainda que se trate de norma híbrida.

A edição publicada em abril de 2020 menciona ainda que Rodrigo de Leite Ferreira Cabral, Promotor de Justiça do Estado do Paraná, em sua obra "Manual do acordo de não persecução penal: à luz da Lei Anticrime" também defende como limite à aplicação do acordo a sentença condenatória. Aponta-se ser este também o entendimento de Aury Lopes Jr[23].

Na publicação de julho de 2020, complementa-se a argumentação, refutando a possibilidade de aplicação do instituto em crimes anteriores a 23 de janeiro de 2020, com sentença condenatória prolatada. Inicialmente, indica-se que o princípio da isonomia, por si só, não é suficiente para afastar a incompatibilidade da aplicação do acordo com a fase processual. Ainda, o argumento de que o ANNP seria instrumento para redução da carga de trabalho tanto do Judiciário como do Ministério Público perde sua relevância visto que já houve instrução probatória, assim como a maior parte da atividade processual já foi praticada. Por fim, esclarece-se que, uma vez obtida a condenação, perde-se o sentido em buscar a aplicação do acordo como instrumento para priorizar a atuação ministerial.

O Ministério Público do Estado do Mato Grosso demonstrou partilhar do mesmo entendimento. Por meio da Recomendação Conjunta nº 01/2020-PGJ/CGMP[24], orientou-se, sem caráter normativo, que seja considerado o ENUNCIADO 19 (art. 28-A, CPP): Cabe proposta de acordo de não persecução penal, até a sentença, para ações penais ajuizadas anteriormente à Lei nº 13.694/2019, uma vez que o instituto tem natureza mista e despenalizadora, devendo, portanto, ser aplicado à luz do art. 5º, inciso XL, da Constituição da República.

Também é este o posicionamento do Ministério Público do Estado de

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

23 LOPES JR., Aury; JOSITA, Higyna. Questões polêmicas do acordo de não persecução penal. Disponível em:< https://www.conjur.com.br/2020-mar-06/limite-penal-questoes-polemicas-acordo-nao-persecucao-penal >. Acesso em: 10 jul. 2020.

24 Disponível em: < https://mpmt.mp.br/site/storage/webdisco/arquivos/Recomenda%C3%A7%C3%A3o%20Conjunta%20-%20PGJ%20-%20CGMP%20n%C2%BA%2001.pdf >. Acesso em: 15 jul. 2020.

Goiás. A Orientação Conjunta nº 01 – PGJ/CAO-CRIM[25] prevê em seu art. 1º, §2º que "§2º O membro do Ministério Público, diante da provocação da defesa, avaliará em razão do caso concreto, o cabimento do acordo de não persecução penal para fatos ocorridos antes da vigência da Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019".

Complementando referida orientação, consta no Manual de Atuação e Orientação Funcional – Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) da Instituição[26] que, quando se tratar de crime praticado antes da vigência da Lei 13.964/19, "cumpridas as condições objetivas e subjetivas do instituto, pode haver proposta de ANPP mesmo após o recebimento da denúncia, até antes da sentença, mediante provocação da defesa".

A Corregedoria Geral do Ministério Público do Estado de Minas Gerais editou o Ato CGMP nº 2, de 12 de maio de 2020[27], por meio do qual incluiu o seguinte artigo entre seus Atos Orientadores: "Art. 63. Nos processos com denúncia já oferecida e que ainda não tenham sido sentenciados, preenchidas as condições exigidas pelo artigo 28-A do Código de Processo Penal Brasileiro, o órgão de execução deverá manifestar-se sobre a possibilidade de propositura do acordo de não persecução penal na primeira oportunidade em que tiver vista dos autos".

Ainda em Minas Gerais, o Tribunal de Justiça e o Ministério Público emitiram a Portaria Conjunta nº 20/PR-TJMG/2020, de 23 de março de 2020[28], determinando que no prazo de 60 dias, as Secretarias dos Juízos de competência criminal "identifiquem os processos ainda não sentenciados, e inquéritos em andamento, que se amoldam aos rigores previstos no artigo 28-A caput do Código de Processo Penal", conforme disposto em seu artigo 2º.

Cabe apontar que a Subprocuradoria-Geral para Assuntos Jurídicos do Ministério Público do Estado do Paraná, em recente pedido de revisão de negativa de proposta de acordo de não persecução penal formulado nos Autos

25 Disponível em: <http://www.mpgo.mp.br/portal/arquivos/2020/02/06/09_48_08_58_orienta%C3%A7%C3%A3o_conjunta_01_2020_atualizada.pdf >. Acesso em: 16 jul. 2020.

26 MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE GOIÁS. Centro de Apoio Operacional Área de Atuação Criminai. Manual de atuação e orientação Funcional – Acordo de não persecução penal (ANPP). Disponível em: < http://www.mpgo.mp.br/portal/arquivos/2020/02/14/18_08_30_417_Manual_Acordo_de_N%C3%A3o_Persecu%C3%A7%C3%A3o_Penal.pdf >. Acesso em: 16 jul. 2020.

27 Disponível em: < https://www.mpmg.mp.br/files/diariooficial/DO-20200515.PDF >. Acesso em: 21 jul. 2020.

28 Disponível em: < https://www.tjmg.jus.br/data/files/2F/27/DF/EF/31D017102A890D075ECB08A8/port%20conj%2020-pr-tjmg-2020.pdf >. Acesso em: 16 jul. 2020.

de Execução Penal nº 0030663-42.2018.8.16.0013, da 1ª Vara de Execução de Penas e Medidas Alternativas e Cartas Precatórias Criminais de Curitiba, posicionou-se pelo não cabimento de ANPP em processo que se encontra em fase executória, entendendo-se que uma vez prolatada a sentença condenatória, mesmo antes desta transitar em julgado, não há sentido em se aplicar referido instituto, cujo objetivo é evitar o processo, e, adotar lógica diversa, seria verdadeira contradição. A manifestação, acolhida na sua integralidade pelo Subprocurador Jurídico para Assuntos Jurídicos Dr. Mauro Sérgio Rocha, é da lavra do Promotor de Justiça Dr. Alexandre Ramalho de Faria, e filia-se à corrente segundo a qual a aplicação retroativa do artigo 28-A do CPP encontra como marco derradeiro a prolação da sentença condenatória.

Traz ainda recente julgado do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, que adere à corrente de que a retroatividade da Lei 13.964/19 para aplicar o acordo de não persecução penal tem como limite a prolação da sentença. Na Apelação Criminal nº 0025540-12.2018.8.16.0030, da 4ª. Câmara Criminal, o Relator, Desembargador Celso Jair Mainardi, indeferiu pedido formulado pela defesa de encaminhamento dos autos para o Ministério Público para oferecimento de acordo de não persecução penal. Destacou o Relator que "conforme se infere da própria dicção do dispositivo, a proposta deverá ser feita na fase pré-processual, todavia, é inegável que, se porventura cabível, ainda que no curso da instrução processual, deverá ser avaliada, ao passo que poderia trazer benefícios ao investigado/acusado (CPP. Art. 28-A, §13º) ". Contudo, seguindo o entendimento do da 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC 74.463/SP, que tratou da aplicação do instituto da transação processual no caso da sentença condenatória proferida antes da entrada em vigor da Lei 9.099/95, concluiu que "havendo sentença condenatória, antes da vigência da lei, não se aplica o artigo 28-A do Código de Processo Penal"[29].

2.3. Até o trânsito em julgado da condenação

A incidência retroativa do artigo 28-A do CPP inclusive em processos já sentenciados que estão em fase de recurso é tese defendida pelos advogados criminalistas Valber Melo e Felipe Maia Barreto em publicação sobre o tema[30]. Eles criticam o entendimento adotado na Recomendação Conjunta nº

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

29 Disponível em: < https://projudi2.tjpr.jus.br/projudi/arquivo.do?_tj=42ce36f6e01e2fd84788c330383d99ea04a2d53ea65db9ac98293af7d39f1648033c53875d801c1f >. Acesso em: 18 ago. 2020.

30 MELO, Valber. BARRETO. Felipe Maia. Acordo de não persecução penal e suas (relevantes) implicações no processo penal brasileiro. Olhar Jurídico. Disponível em: <https://www.olharjuridico.com.br/artigos/exibir.asp?id=917&artigo=acordo-de-nao-persecucao-penal-e-suas-relevantes-implicacoes-no-processo-penal-brasileiro>. Acesso

01/2020-PGJ/CGMP, do Ministério Público de Mato Grosso de que o limite para a proposição de acordo nas ações já em curso seria a sentença condenatória. Para eles, a persecução penal nem sempre se esgota com a prolação da sentença condenatória, pois em muitos processos são interpostos recursos. Assim, entendem que a persecução prossegue até o último recurso cabível e que, portanto, o acordo de não persecução penal poderia realizar-se até o trânsito em julgado em definitivo.

O Tribunal Regional Federal da 4ª Região apontou em recentes decisões ser favorável à aplicação do acordo de não persecução penal em processos em curso, inclusive em fase recursal. Em 14/05/2020, a 8ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região decidiu, por unanimidade, negar provimento à Correição Parcial interposta pelo Ministério Público Federal, em face de decisão proferida pelo Juízo Substituto da 11ª Vara Federal de Porto Alegre, na Ação Penal nº 5040209-21.2017.4.04.7100[31], que determinou a suspensão do curso do processo para que fosse oportunizada a negociação de acordo de não persecução penal entre o MPF e a defesa.

O relator, Desembargador Federal João Pedro Gebran Neto, expôs em seu voto que é sabido que o acordo de não persecução penal foi criado com o intuito de ser aplicado no curso do inquérito policial. Contudo, entende que nos casos em que já houve recebimento da denúncia quando da entrada em vigor da Lei nº 13.964/2019, se estiverem preenchidos os requisitos legais, será possível a aplicação do instituto sob o fundamento da retroatividade da norma mais benéfica.

Sustentou ainda não vislumbrar óbice ao oferecimento do acordo sob o argumento de que nos processos já sentenciados inexiste a confissão formal e circunstanciada, pois, ao tempo da sentença não havia previsão de tal benefício àqueles que confessassem.

Acerca da possibilidade de oferecimento do acordo de não persecução penal nos processos em que já houve recebimento da denúncia quando da entrada em vigor do artigo 28-A do Código de Processo Penal, o desembargador citou a Orientação Conjunta nº 03/2018 das 2ª, 4ª e 5ª Câmaras de Revisão Criminal da Procuradoria Geral da República, revisada e ampliada a partir da edição da Lei nº 13.964/2019[32], que assim dispõe: “Admite-se o oferecimento

---

em: 23 jul. 2020.

31 Disponível em: < https://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_resultado_pesquisa&txtValor=50093126220204040000&selOrigem=TRF&chkMostrarBaixados=1&todasfases=&selForma=NU&todaspartes=&hdnRefId=1ece3290773a12b312cb7c9ba1f78435&txtPalavraGerada=Ayno&txtChave=&numPagina=1 >. Acesso em: 13 jul. 2020.

32 Disponível em: < http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/orientacoes/documentos/orientacao-anpp-versao-10-03-2020-ampliada-e-revisada >. Acesso em: 14

de acordos de não persecução penal no curso da ação penal, podendo ser dispensada, nessa hipótese, a instauração de PA, caso a negociação seja realizada nos próprios autos do processo. Nessa hipótese, deverá ser requerido ao juízo o sobrestamento da ação penal".

Em razão da temática ser pertinente aos crimes de competência da Justiça Federal, destacou a relevância de referida orientação, vislumbrando ser esta a melhor resposta para o caso em discussão, ainda que já proferida sentença condenatória, pois, buscando-se uma solução por via da hermenêutica, tem-se como medida mais adequada a suspensão do processo e devolução dos autos para o primeiro grau, para análise do cabimento do ANPP e eventual realização de acordo entre réu e Ministério Público. Concluiu o relator que não caberá ao Tribunal homologar o acordo de não persecução penal em gral recursal, devendo apenas realizar um exame preliminar do preenchimento dos requisitos para cabimento deste.

Assim, na Correição Parcial nº 5009312-62.2020.4.04.0000, a 8ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região entendeu que "não há inversão tumultuária na decisão do magistrado que, no curso do processo, intima o Órgão Ministerial para que se manifeste expressamente a respeito da possibilidade de oferecimento do acordo de não persecução penal".

Na Apelação Criminal nº 5005673-56.2018.4.04.7000/PR[33], a defesa requereu a anulação da sentença, em razão do não oferecimento de acordo de não persecução penal, conforme consoante Resolução nº 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público. O Desembargador Federal João Pedro Gebran Neto, também relator nesta ocasião, suscitou questão de ordem, em razão da novidade implementada pela Lei nº 13.964/2019. Assim, a 8ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região decidiu, por maioria, "solver a questão de ordem para determinar a suspensão do feito e da prescrição, para que seja remetido ao juízo de origem para verificação de eventual possibilidade de oferecimento do acordo de não persecução penal previsto no art. 28-A do Código Penal, introduzido pela Lei nº 13.964/2019".

O supracitado Desembargador também suscitou questão de ordem nos Embargos Infringentes e de Nulidade 5001103-25.2017.4.04.7109/RS[34] e, em

---

jul. 2020.

33 Disponível em: < https://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_resultado_pesquisa&txtValor=50056735620184047000&selOrigem=TRF&chkMostrarBaixados=1&todasfases=&selForma=NU&todaspartes=&hdnRefId=ac38921803154bb95ac407c170633354&txtPalavraGerada=QnEv&txtChave=&numPagina=1 >. Acesso em: 14 jul. 2020

34 Disponível em:<https://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_resultado_pesquisa&txtValor=50011032520174047109&selOrigem=TRF&chkMostrarBaixados=&todasfases=&selForma=NU&todaspartes=&hdnRefId=ac4d-

sessão realizada em 21 de maio de 2020, a 4ª Seção do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4) acolheu a questão suscitada, decidindo pela possibilidade de oferecimento de acordo de não persecução penal em processo em que já houve recebimento da denúncia quando da entrada em vigor da Lei nº 13.964/2019, sendo inclusive possível sua aplicação em processos em grau recursal.

Reforçando o entendimento até agora exposto e adotado na esfera da Justiça Federal, a 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, alterou seu Enunciado 98, na 184ª Sessão Virtual de Coordenação, de 09/06/2020[35], passando a ter a seguinte redação: "É cabível o oferecimento de acordo de não persecução penal no curso da ação penal, isto é, antes do trânsito em julgado, desde que preenchidos os requisitos legais, devendo o integrante do MPF oficiante assegurar seja oferecida ao acusado a oportunidade de confessar formal e circunstancialmente a prática da infração penal, nos termos do art. 28-A da Lei n° 13.964/19, quando se tratar de processos que estavam em curso quando da introdução da Lei 13.964/2019, conforme precedentes".

Neste ponto, cabe citar que no Boletim Criminal Comentado nº 99, de julho de 2020, o Centro de Apoio Operacional Criminal do Ministério Público do Estado de São Paulo, no estudo do tema "ANPP. Crimes praticados antes e depois da Lei 13.964/19. Pressupostos para o cabimento do acordo e recentes decisões do STJ"[36], em que pese se adote o entendimento de que a retroatividade está limitada à sentença condenatória, consignou-se que "a celebração de acordo em processos que se encontrem na fase recursal fica ao prudente critério do membro do Ministério Público, no âmbito de seu entendimento jurídico sobre o assunto, logo, de sua independência funcional".

O Ministério Público do Estado de Pernambuco foi pioneiro na implementação de um Núcleo de Acordo de Não Persecução Penal, em outubro de 2018 e, com o advento da Lei nº 13.964/2019, posicionou-se institucionalmente como favorável à aplicação do instituto nos processos em que já houve recebimento de denúncia, sob a denominação de acordo de não continuidade da persecução penal[37].

452c4225e7238c35767f741feecb&txtPalavraGerada=MocV&txtChave=&numPagina=1 >. Acesso em: 14 jul. de 2020.

35 Disponível em: < http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/enunciados >. Acesso em: 14 jul. 2020.

36 MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO. CAOCRIM – Centro de Apoio Operacional Criminal. Boletim Criminal Comentado nº 99, de julho de 2020. Pressupostos para o cabimento do acordo e recentes decisões do STJ. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Criminal/Boletim_Semanal/>. Acesso em: 15 jul. 2020.

37 MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE PERNAMBUCO. MPPE é pioneiro na apli-

O Procurador-Geral de Justiça do Estado de Pernambuco, Francisco Dirceu Barros[38], propõe a aplicação do *acordo de não continuidade da persecução penal.* Assim, se atendidos os requisitos previstos no artigo 28-A do Código de Processo Penal, é possível, por analogia, a aplicação do instituto no curso da ação penal, inclusive nos processos já em andamento quando da entrada em vigor da Lei Anticrime. Justifica seu posicionamento em razão de diversos princípios, dentre os quais destacam-se o da celeridade, efetividade e economia processual. Defende se tratar de norma com reflexos penais diretos, devendo, portanto, ser aplicada nos processos em curso, inclusive após o recebimento da denúncia. Leciona ainda que a aplicação do instituto está relacionada à *mutatio libelli*, propondo que esta seria o "elo entre o acordo de não persecução penal e o acordo de não continuidade da ação penal". Por fim, indica que o prazo final para a formalização do acordo de não continuidade da persecução penal seria o trânsito em julgado, pois conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça[39] acerca da retroatividade da Lei nº 10.259/01 e da Lei nº 9.099/95, restou estabelecido que estas não poderiam ser aplicadas em processos em que a sentença condenatória já transitou em julgado. Portanto, filia-se ao entendimento de que o limite da aplicação retroativa do artigo 28-A do Código de Processo Penal é o trânsito em julgado da decisão condenatória.

Contudo, o Superior Tribunal de Justiça, por sua Quinta Turma, prolatou em 04 de agosto de 2020, decisão colegiada julgando Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 1.635.787-SP (2019/0375723-0)[40], deixando patente que se mostra incompatível com o propósito do instituto do Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) dar aplicação retroativa do artigo 28-A do Código de Processo Penal, quando já recebida a denúncia e já encerrada a prestação jurisdicional na instância ordinária, com a condenação do acusado, especialmente no caso analisado, cuja causa de diminuição do art. 33, §4º, da Lei de drogas fora

cação do Acordo de Não Persecução Penal e no instrumento do Acordo de Não Continuidade da Persecução Penal. 23 jan. 2020. Disponível em: < https://www.mppe.mp.br/mppe/comunicacao/noticias/12164-mppe-e-pioneiro-na-aplicacao-do-acordo-de-nao-persecucao-penal-e-no-instrumento-do-acordo-de-nao-continuidade-da-acao-penal >. Acesso em 21 jul. 2020.

38 BARROS. Francisco Dirceu. Acordo de Não Continuidade da Ação Penal, Tema inédito na doutrina brasileira. Disponível em: < http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/enunciados >. Acesso em: 14 jul. 2020.

39 O Autor cita dois julgados do STJ: HC 59.267/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 03/04/2007, DJ 10/09/2007, p. 253 e HC 27.986/PR, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 12/08/2003, DJ 15/09/2003, p. 339.

40 Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1962400&num_registro=201903757230&data=20200813&formato=PDF >. Acesso em: 15 ago. 2020.

reconhecida apenas no STJ, com a manutenção da condenação. Esse julgado não deixa claro se o entendimento limita referida aplicação retroativa ao oferecimento da denúncia ou até a prolação da sentença condenatória, ou – até a prolação do acórdão do Tribunal de Apelação, porém deixa certo que, em na fase dos recursos especiais não caberá a conversão do *persecutio criminis in iudiucio* em solução consensual, ainda que ocorra, naquela instância especial, *mutatio libelli* (desclassificação da imputação para delito cuja pena máxima esteja dentro da esfera de aplicabilidade do acordo de não persecução penal).

2.4. Após o trânsito em julgado da condenação e mesmo após a pena já ter sido integralmente cumprida

Esta é a tese mais ampla em termo de campo de incidência retroativa do artigo 28-A do Código de Processo Penal. Essa vertente é defendida por Leonardo Schmitt de Bem e João Paulo Martinelli[41], partindo do argumento de que dispensar um tratamento desigual para um investigado, um denunciado ou um condenado que preenchem os mesmos requisitos e que tenham praticado o mesmo fato delituoso resultaria em violação do princípio da isonomia.

Para eles, não existe no texto do artigo 28-A, do Código de Processo Penal nenhuma limitação à retroatividade da norma conforme o estágio do processo criminal (antes da denúncia oferecida, antes de encerrada a instrução probatória, antes de prolatada sentença, antes de confirmada a condenação pelo Tribunal de apelação, antes do trânsito em julgado da condenação), prevalecendo assim a previsão constitucional da retroatividade da lei mais benéfica. E, além disso, trata-se de norma de natureza mista, aplicando-se o disposto no artigo 2º, parágrafo único, do Código Penal: “a lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado”. Portanto, não existe razão para considerar que o trânsito em julgado seja impeditivo para a aplicação do instituto.

Apenas indicam a necessidade de diferenciar os condenados que ainda se encontram em cumprimento da pena daqueles que já cumpriram para fins de dar aplicação retroativa ao artigo 28-A do Código de Processo Penal.

Com relação aos que possuem processo de execução em curso, defendem ser possível a aplicação do acordo, por analogia ao disposto no artigo 2º, *caput*, do Código Penal. Assim, caso preenchidos os requisitos para solução

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

41 MARTINELLI, João Paulo Orsini. BEM, Leonardo Schmitt de. Quais caminhos o STJ pode seguir na aplicação retroativa do ANPP?, Associação Brasileira dos Advogados Criminalistas (ABRACRIM), 2020. Disponível em: < https://www.abracrim.adv.br/artigos/quais-caminhos-o-stj-pode-seguir-na-aplicacao-retroativa-do-anpp > Acesso em: 8 jul. 2020.

consensual, via acordo de não persecução penal, caberia a suspensão da execução da pena, sendo esta substituída pelas medidas ajustadas com o Ministério Público.

Ressaltam inclusive a possibilidade destas medidas acordadas coincidirem com a pena imposta em sentença condenatória. Assim, em vez de cumprir a pena, haveria o cumprimento do acordo, o qual devidamente cumprido ensejaria a extinção da punibilidade, sem gerar maus antecedentes e reincidência.

Já quanto aos condenados que já cumpriram a pena integralmente, não visualizam, em um primeiro momento, vantagens para a aplicação do instituto. Contudo, pontuam que haveria sim um interesse em se afastar os efeitos secundários da condenação, isto é, não gerar reincidência futura prática de crime no período de 5 anos após o cumprimento da pena estabelecida na condenação anterior (artigos 63 e 64 do CP).

Contra o argumento da inviabilidade de se aplicar os efeitos do cumprimento de um acordo de não persecução penal para todos aqueles que fariam jus, mas que já cumpriram a pena, propõem que seja estabelecido um limite temporal à retroatividade. Assim, poderia tal benesse ser concedida "nos processos em que a data do cumprimento total da pena ou de sua extinção tenha ocorrido nos cinco anos anteriores à existência da Lei nº 13.964/2019, visto que o quinquídio corresponderia ao prazo expurgador da reincidência".

Também se filia a essa corrente José Jairo Gomes[42], o qual pontua que a discussão acerca do marco temporal de incidência do acordo de não persecução penal limita-se aos casos em que, quando da entrada em vigor da lei mais benéfica, já se encontravam em andamento. Reforça também o argumento de que a aplicação do instituto deve se dar de forma alargada em razão da retroatividade da lei mais benéfica, garantia constitucional que não pode ser limitada conforme a fase em que o processo se encontre.

2.5 Conclusões acerca da retroatividade do artigo 28-A do Código de Processo Penal

Uma vez apresentados os divergentes posicionamentos acerca da retroatividade de referida norma, sopesados os argumentos apresentados em defesa de casa tese, cabe então responder aos questionamentos que nos conduziram a esta pesquisa, delimitando os limites dentro dos quais se poderá aplicar retroativamente o artigo 28-A do Código de Processo Penal, conforme o estágio em que se encontrar a *persecutio criminis*. Ao se fazer isso, estar-se-á

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

42 GOMES, José Jairo. Acordo de não persecução penal e sua aplicação a processos em curso. Gen Jurídico, 2020. Disponível em: < http://genjuridico.com.br/2020/04/29/acordo-de-nao-persecucao-penal-processos/ > Acesso em: 06 de julho de 2020.

apresentando as convicções a que chegaram os autores deste trabalho após estudar e debater o material levantado na pesquisa. As conclusões foram essas:

Quanto aos processos em curso quando da entrada em vigor da Lei nº 13.964/2019, entende-se como mais adequada a possibilidade de aplicação retroativa do acordo de não persecução penal somente naqueles em que ainda não houve prolação de sentença condenatória. A sentença condenatória põe fim à persecução penal. Uma vez que o instituto em análise tem por objetivo evitar a persecução penal, caso já exista sentença, não se vislumbram fundamentos aptos a justificar sua aplicação. Ainda, a partir da prolação da sentença condenatória, já se tem uma pena estabelecida para o delito cometido, e, na prática, para os crimes em que seria viável a aplicação do instituto, já se estabelecem penas mais brandas, muito semelhantes às condições que seriam entabuladas em eventual acordo de não persecução penal, não acarretando assim prejuízos para o condenado.

Consequentemente, entende-se pela impossibilidade de oferecimento de acordo de não persecução penal na fase executória, ou nos casos em que já houve cumprimento de pena.

A pesquisa identificou que o interesse da defesa para que o novo instituto seja aplicado inclusive na fase da execução da penal ou mesmo depois de concluída a efetivação da sentença condenatória, é o de obter o efeito prático que emerge da regra do § 12 do artigo 28-A: O acordo homologado judicialmente e integralmente cumprido aparecerá na certidão de antecedentes criminais, exceto para instruir a análise de cabimento ou não de novo acordo de não persecução penal, ante o impedimento de celebração sucessiva de acordos no prazo de 5 anos (isto é, para os fins previstos no inciso III, do parágrafo 2º, do artigo 28-A, do Código de Processo Penal).

Outro interesse em defender a aplicação da solução consensual do artigo 28-A, via aplicação retroativa deste dispositivo a fatos cometidos antes da vigência da Lei 13.964/2019, seria o interesse em elidir os efeitos secundários da condenação: não gerar maus antecedentes (inclusive reincidência) é o efeito "mais benéfico" procurado pelos que defendem a aplicabilidade retroativa do instituto. Noutros casos, o interesse em converter a condenação judicial em acordo entabulado com o Ministério Público poderá ter por alvo levantar efeitos secundários específicos da condenação, elencados no art. 92, do Código Penal, quando expressos na sentença condenatória.

Nesta situação, abrir as portas para a incidência retroativa do artigo 28-A do CPP é pleito formulado pela defesa buscando uma redução da quantidade da pena a ser cumprida e/ou, mas principalmente, afastar os efeitos secundários da condenação, para que a condenação deixe de constar na certidão de antecedentes criminais e não caracterize reincidência se houver reiteração na prática de crime. Em outros pedidos, o que se quer com a aplicação de

acordo de não persecução em processos já julgados é o de levantar os efeitos secundários específicos fixados em sentença (como a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública, a incapacidade para o exercício do poder familiar, da tutela ou da curatela nos crimes dolosos sujeitos à pena de reclusão cometidos contra outrem igualmente titular do mesmo poder familiar, contra filho, filha ou outro descendente ou contra tutelado ou curatelado, e a inabilitação para dirigir veículo, quando utilizado como meio para a prática de crime doloso).

Esses interesses subsistem mesmo após o trânsito em julgado da sentença condenatória, daí o porquê da apresentação desses pedidos no curso da execução penal, até mesmo após a pena já ter sido integralmente cumprida, se postulando, nesses casos, sejam consideradas como medidas acordadas integramente cumpridas, para os fins do § 12 do artigo 28-A do CPP, a pena estabelecida na sentença condenatória e que, na prática, já fora cumprida. Contudo, bastante evidente está a falta de interesse público a ser atendido nesse tipo de pleito.

Abrir possibilidade de barganha com esses interesses (aumento da quantidade da pena estabelecida na sentença em troca do levantamento do efeito da perda do cargo público, por exemplo) não se mostra adequado e útil ao interesse público, além de vir em desprestígio da autoridade judicial que prolatou a solução do caso, pois teria o efeito de revogá-la ou modificá-la parcialmente. Soluções consensuais ajudam a Gestão do Sistema de Justiça Criminal, mas não a todo em qualquer momento, não em qualquer fase da *persecutio*, sob pena de gerar muita instabilidade e tumultos procedimentais.

Saliente-se que, cumprida a pena, qualquer anotação referente a condenação deixará de constar na certidão de antecedentes, conforme previsão do art. 202, da Lei de Execução Penal.

> LEP, "Art. 202. Cumprida ou extinta a pena, não constarão da folha corrida, atestados ou certidões fornecidas por autoridade policial ou por auxiliares da Justiça, qualquer notícia ou referência à condenação, salvo para instruir processo pela prática de nova infração penal ou outros casos expressos em lei".

Portanto, o interesse legítimo de conseguir obter uma certidão de antecedentes criminais em que não conste a condenação criminal para não sofrer maiores embaraços para ser empregado no mercado de trabalho já é alcançado com o cumprimento integral da pena, *ex vi* do estabelecido no artigo 202 da

Lei de Execução Penal. Para tanto não é necessário converter a execução penal em acordo de não persecução.

Além disso, cumpre consignar que o campo de incidência retroativa *in theis* do artigo 28-A do Código de Processo Penal após a sentença condenatória seriam os casos de cumprimento em meio aberto, com penas privativas de liberdades em quantidade inferior a 4 (quatro) anos ou decorrentes de prática de crimes culposos, que já são passíveis de serem substituídas por penas restritivas de direito (Código Penal, artigo 44). Nesses casos, se durante a execução penal houver modificações nas circunstâncias de vida do condenado (como desemprego, problema de doença em pessoa dependente que necessite dos cuidados do condenado, mudança de local de trabalho, entre muitas outras variáveis), o juízo da execução penal procederá os ajustes necessários na quantidade e na qualidade da medida alternativa à prisão, individualizado o programa de cumprimento da pena em meio aberto, com fundamento nos artigos artigo 116, artigo 148 e artigo 66, V, a, b e c, principalmente, da Lei de Execuções Penais), sempre tendo por escopo contribuir para uma mudança de comportamento no condenado, principalmente para que ele não reitere práticas delituosas.

Assim, converter em acordo de não persecução penal casos que já existe um título condenatório apenas para atender o interesse de afastar a geração de maus antecedentes e reincidência numa futura reiteração criminal ou ainda algum outro efeito da condenação (art. 91 e 92 do CP), caracterizará deturpação do novo instituto. O efeito dessa conversão seria o de retirar o contraestimulo à reiteração criminal que fora assentado com o decreto condenatório, o que se mostra antagônico aos propósitos da execução penal, notadamente o de prevenção especial: buscar com a concretização da sanção penal que o condenado não reitere na prática do delito.

Conclui-se, pois, pela não aplicação retroativa do artigo 28-A do Código de Processo Penal após a prolação de sentença condenatória.

3. Referências

BARROS. Francisco Dirceu. Acordo de Não Continuidade da Ação Penal, Tema inédito na doutrina brasileira. Disponível em: < http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/enunciados >. Acesso em: 14 jul. 2020.

CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. Plea Bargaining e Justiça Criminal Consensual: entre os ideais de funcionalidade e garantismo. Revista Eletrônica do Ministério Público Federal Custos Legis, 2012. Disponível em: <http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista/2012_Penal_Processo_Penal_Campos_

Plea_Bargaining.pdf >. Acesso em 14 ago. 2020.

FISCHER, Douglas. Não cabe acordo de não persecução em ações penais: Admitir a aplicação em ações penais em andamento configura uma criação sem base dogmática e sistemática legal. JOTA, 11/06/2020. Disponível em: < https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/nao-cabe-acordo-de-nao-persecucao--em-acoes-penais-11062020 >. Acesso em: 14 jul. 2020.

GOMES, José Jairo. Acordo de não persecução penal e sua aplicação a processos em curso. Gen Jurídico, 2020. Disponível em: < http://genjuridico.com.br/2020/04/29/acordo-de-nao-persecucao-penal-processos/ > Acesso em: 06 de julho de 2020.

LOPES JR., Aury; JOSITA, Higyna. Questões polêmicas do acordo de não persecução penal. Disponível em:< https://www.conjur.com.br/2020-mar-06/limite-penal-questoes-polemicas-acordo-nao-persecucao-penal >. Acesso em: 10 jul. 2020.

MARTINELLI, João Paulo Orsini. DE BEM, Leonardo Schmitt. O limite temporal da retroatividade do acordo de não persecução penal. Conjur, 2020. Disponível em: < https://www.prerro.com.br/o-limite-temporal-da-retroatividade-do--acordo-de-nao-persecucao-penal/ > Acesso em: 08 de julho de 2020.

MARTINELLI, João Paulo Orsini. BEM, Leonardo Schmitt de. Quais caminhos o STJ pode seguir na aplicação retroativa do ANPP?, Associação Brasileira dos Advogados Criminalistas (ABRACRIM), 2020. Disponível em: < https://www.abracrim.adv.br/artigos/quais-caminhos-o-stj-pode-seguir-na-aplicacao-retroativa-do-anpp > Acesso em: 8 jul. 2020.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE. CAOP Criminal – Centro de Apoio Operacional às Promotorias de Justiça Criminais. Manual de Atuação e Orientação Funcional: Acordo de Não Persecução Penal. Disponível em:<http://www.ampern.org.br/app/webroot/uploads/files/Manual_ANPP_CAOP%20Criminal.pdf >. Acesso em: 16 jul. 2020.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO. CAOCRIM – Centro de Apoio Operacional Criminal. Boletim Criminal Comentado nº 87, de abril de 2020. ANPP após a sentença condenatória. Tese de não cabimento. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Criminal/Boletim_Semanal/ >. Acesso em: 15 jul. 2020.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO. CAOCRIM – Centro de Apoio Operacional Criminal. Boletim Criminal Comentado nº 99, de julho de 2020. Pressupostos para o cabimento do acordo e recentes decisões do STJ.. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Criminal/Boletim_Semanal/>. Acesso em: 15 jul. 2020.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Câmara de Coordenação e Revisão, 2. Inovações da Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019 / 2ª Câmara de Coordenação e Revisão; coordenação e organização: Andréa Walmsley, Lígia Cireno, Márcia Noll Barboza; [colaboradores: Paulo Queiroz … et al.]. – Brasília: MPF, 2020. – (Coletânea de artigos; v. 7). Disponível em: < http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/copy_of_2CCR_Coletanea_Artigos_FINAL.pdf>. Acesso em: 8 jul. 2020.

MELO, Valber. BARRETO. Felipe Maia. Acordo de não persecução penal e suas (relevantes) implicações no processo penal brasileiro. Olhar Jurídico. Disponível em: <https://www.olharjuridico.com.br/artigos/exibir.asp?id=917&artigo=acordo-de-nao-persecucao-penal-e-suas-relevantes-implicacoes-no-processo-penal-brasileiro>. Acesso em: 23 jul. 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo Penal e Execução Penal. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, pag. 151.

Artigo elaborado em 18/08/2020.

PARÂMETROS PARA APLICAÇÃO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CÍVEL CRIADO PELO PACOTE ANTICRIME (LEI Nº13.964/2019)

Rafael Pereira[1]

SUMÁRIO

RESUMO

A Lei n° 13.964/2019, oriunda do projeto de lei conhecido como “Pacote Anticrime”, alterou a Lei de Improbidade Administrativa possibilitando a realização de acordo de não persecução cível, porém com alguns artigos vetados não houve a definição de parâmetros para sua aplicação. O presente trabalho visa trazer o histórico da criação do acordo, quais os parâmetros adotados nas ações judiciais e nos termos de ajustamento de conduta e, por fim, quais os parâmetros já utilizados e trazidos pela doutrina para aplicação do novo acordo, com sugestões sobre o conceito do acordo e da estipulação de obrigações semelhantes às sanções, com base no princípio da proporcionalidade sob as perspectivas da proteção eficiente do patrimônio público e a proibição do excesso nas sanções de improbidade.
PALAVRAS-CHAVE: Acordo; Lei de improbidade; Lei nº 13.964/19; Parâ-

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

1 Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Paraná; Pós-graduado em Controle da Gestão Pública pela UFSC – Universidade Federal de Santa Catarina; Pós-graduado em Direito Penal e Processual Penal pela Faculdade Damásio de Jesus-SP; Ex-Professor Universitário pela UNOESC – Universidade do Oeste de Santa Catarina e UNIARP – Universidade Alto Vale do Rio do Peixe. Professor da Fundação Escola do Ministério Público do Paraná – FEMPAR; Professor do Cursos CEI para Carreira do Ministério Público.

metros para aplicação.

1. Introdução

Uma das grandes novidades legislativas no ano de 2020 foi a entrada em vigor da Lei n°13.964/19, que surgiu da aprovação do projeto de lei conhecido como "Pacote Anticrime", a qual, dentre as diversas alterações no campo penal e processual penal, também alterou a Lei de Improbidade Administrativa (LIA).

A alteração na Lei n° 8.429/92 foi a tão esperada revogação do antigo parágrafo 1º, do artigo 17, possibilitando a realização de *acordo de não persecução cível* nas ações de improbidade.

Embora tenha atendido aos anseios doutrinários e jurisprudências pela realização de acordo, a lei anticrime acabou sendo vetada em outros pontos que procedimentalizavam o referido consenso, surgindo questionamentos, quais os parâmetros a serem utilizados no acordo de não persecução cível para aplicação das sanções, faz-se necessário a remessa a órgão superior? Até que momento processual poderá ser realizado? É possível firmar todas as sanções previstas na LIA?

O presente trabalho, de forma objetiva e sucinta, buscará encontrar fundamentos para a aplicação imediata do acordo de não persecução cível e principalmente o estabelecimento de parâmetros que melhor atendam a defesa eficiente do patrimônio público.

2. O acordo de não persecução cível criado pelo pacote anticrime (lei nº13.964/2019).

No dia 24 de dezembro de 2019 foi sancionada a Lei nº 13.964/19, a qual entrou em vigor no dia 23 de janeiro de 2020, proveniente de um Projeto de Lei (PL) nº 882/2019 do Governo denominado de "Pacote Anticrime", originalmente proposto no Senado Federal, posteriormente apensado ao PL nº 10.372/2018 da Câmara dos Deputados.[2]

A nova lei alterou diversos dispositivos do Código Penal (CP), do Código de Processo Penal (CPP), além de outras leis, como a Lei de Execuções Penais (LEP), Lei nº 11.343/06 e Lei nº12.850/13 (Lei das Organizações Criminosas), causando um grande impacto na persecução penal processual.

Contudo, o projeto também trouxe alterações na Lei de Improbidade

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

2 BRASIL. Projeto de Lei n. 10372, de 2018. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2178170>. Acesso em: 14 mai. 2020.

Administrativa, (Lei nº 8.429/92), tendo a redação final sofrido alguns vetos. Porém, na lei em vigor estabeleceu a figura do *acordo de não persecução cível,* alterando o artigo 17 da Lei de Improbidade Administrativa, cuja redação ora se transcreve: "Art. 17. [...] § 1º As ações de que trata este artigo admitem a celebração de acordo de não persecução cível, nos termos desta Lei. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)"

A outra alteração prevista e sancionada sem vetos na Lei nº 8.429/92, foi a inclusão do §10-A, também no artigo 17, tratando da possibilidade de interromper o prazo da contestação, no caso de consenso entre as partes, veja-se: "[...]§ 10-A. Havendo a possibilidade de solução consensual, poderão as partes requerer ao juiz a interrupção do prazo para a contestação, por prazo não superior a 90 (noventa) dias. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)"

Antes de adentrar na evolução legislativa e a atual previsão, necessário conceituar e apresentar as razões de maneira resumida do *acordo de não persecução cível.*[3]

Conceitua-se o *acordo de não persecução cível* como negócio jurídico realizado entre o legitimado à ação judicial por ato de improbidade administrativa e o sujeito ativo da prática do ato, visando solucionar consensualmente, antes ou durante o trâmite judicial, mediante a aplicação de obrigações semelhantes às sanções, podendo ainda haver o ressarcimento ao erário e a perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente, como forma de proteção eficiente do patrimônio público.

Coloca-se o *acordo de não persecução cível* como negócio jurídico, primeiro por preencher os requisitos e características desse instituto, manifestação de vontade capaz de produzir efeitos estabelecidos em consenso e permitidos pela lei.[4] Segundo, diante da própria proximidade deste acordo com o "acordo de não persecução penal", diferente apenas na área que geram seus reflexos, o qual já é amplamente defendido pela doutrina com essa natureza jurídica.[5] Terceiro é a equiparação do acordo ao Termo de Ajustamento de

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

3 Com algumas diferenças mas reforçando o caráter autocompositivo, assim conceitua Landolfo Andrade: A expressão "acordo de não persecução cível" designa a ideia de autocomposição na esfera de improbidade administrativa, que torna desnecessária a propositura ou a continuidade da ação eventualmente proposta com o objetivo principal de impor sanções ao agente ímprobo. Por outras palavras, estabeleceu-se, no plano normativo, instituto de consensualidade e cooperação que permite a conciliação antes ou depois da propositura da ação de improbidade administrativa. (ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo. Interesses difusos e coletivos. 10 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020, p. 987.)

4 Sobre negócio jurídico ensina Orlando Gomes: Negócio jurídico é toda declaração de vontade destinada à produção de efeitos jurídicos correspondentes ao intento prático do declarante, se reconhecido e garantido pela lei. (GOMES, Orlando. Introdução ao direito civil. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 269).

5 Neste sentido: CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Manual do acordo de não perse-

Conduta (TAC), este também – embora haja discussões – com a mesma natureza de negócio jurídico diante da própria redação da Resolução nº 179/2017/ CNMP.[6]

A disposição entre os legitimados para elaboração do acordo visa manter a coerência com a previsão legal da Lei nº 8.429/92 que estabelece como legitimados o Ministério Público e a pessoa jurídica interessada.[7]

Reforça-se a previsão negocial ao excluir a intervenção de terceiro impondo decisão a uma das partes como, por exemplo, o poder jurisdicional, ao manter no conceito o objetivo de solução consensual entre as partes.

Outrossim, esclarece-se que o consenso visa a imposição de obrigações semelhantes às sanções. O motivo da utilização dessa expressão e não de sanções será melhor delineado no último capítulo, no entanto, de forma objetiva, a ideia é que a aplicação das sanções como restrição de um direito fundamental da pessoa necessita de uma decisão emitida pelo poder jurisdicional, o qual possui autorização constitucional para tanto. Porém, não impede que as partes buscando a proporcionalidade, no sentido de proteção eficiente da probidade, estabeleçam obrigações equivalentes da Lei nº 8.429/92.

Por fim, o acordo poderá estabelecer além das obrigações *semelhantes* às sanções, o ressarcimento ao erário e a perda dos valores acrescidos ilicitamente, reconhecidamente pela doutrina e jurisprudência como imposições diversas das demais sancionatórias da lei.[8]

Retomando a previsão legal do acordo de não persecução cível, a Lei nº 13.964/19, a qual ficou conhecida como “Pacote Anticrime”, inclui dentre as

---

cução penal: à luz da Lei nº 13.964/2019 (Pacote Anticrime). Salvador: Juspodivm, 2020, p. 85; e, LIMA, Renato Brasileiro de. Pacote anticrime: comentários à Lei nº 13.964/19 – artigo por artigo. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 218.

6 Nos termos do artigo 1º da citada Resolução: Art. 1º O compromisso de ajustamento de conduta é instrumento de garantia dos direitos e interesses difusos e coletivos, individuais homogêneos e outros direitos de cuja defesa está incumbido o Ministério Público, com natureza de negócio jurídico que tem por finalidade a adequação da conduta às exigências legais e constitucionais, com eficácia de título executivo extrajudicial a partir da celebração.

7 Art. 17. A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar.

8 Nesse aspecto ex-Ministro do Superior Tribunal de Justiça Gilson Dipp: A perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente e o ressarcimento integral do dano representam mera recomposição do status quo e devem ser aplicadas sempre que presentes os seus pressupostos fáticos, enriquecimento ilícito e dano ao erário. Por tal motivo, respeitável parte da doutrina entende que elas sequer são sanções propriamente ditas. (CONSULTOR JURÍDICO. A dosimetria das sanções por improbidade administrativa. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jan-19/opiniao-dosimetria-sancoes-improbidade-administrativa>. Acesso em: 18 mai. 2020). Com o mesmo entendimento: GARCIA, Emerson. Improbidade administrativa. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 735.

suas alterações a LIA, onde as sanções possuem natureza cível[9], devido as justificativas centrais do "Pacote"[10], entre elas um especial combate a corrupção, sendo a Lei de Improbidade uma importante ferramenta neste quesito.

O Projeto de Lei inicialmente proposto pelo Executivo, pelo Ministro Sérgio Fernando Moro (Projeto de Lei nº 882/2019)[11], tinha apenas uma proposição de alteração na Lei nº 8.429/92, justamente a alteração no parágrafo único do artigo 17:

> A Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, passa a vigorar com as seguintes alterações: Art. 17. […]
>
> § 1º A transação, o acordo ou a conciliação nas ações de que trata este artigo poderão ser celebradas por meio de acordo de colaboração ou de leniência, de termo de ajustamento de conduta ou de termo de cessação de conduta, com aplicação, no que couber, das regras previstas na Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, e na Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. […]

Como se nota, a redação é bem diferente da atual sancionada, não mencionando o *acordo de não persecução cível.* Na redação a alteração possibilitaria a transação, o acordo e a conciliação, três formas diversas de soluções consensuais na área do patrimônio público.

Aponta-se ainda como se daria a formalização do consenso, podendo

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

9 Segundo José dos Santos Carvalho Filho: As sanções da Lei de Improbidade são de natureza extrapenal e, portanto, têm caráter de sanção civil. Esse é um ponto sobre o qual concordam praticamente todos os especialistas. Assim, o legislador deveria ter evitado o título "Das Penas" atribuído ao Capítulo III da lei, o que poderia dar a falsa impressão de tratar-se de penalidades inerentes à prática de crimes. Não obstante, adiante-se que, em situações específicas, a serem mencionadas adiante, algumas sanções têm sofrido restrição em sua aplicação por terem inegável conteúdo penal. O fato, porém, não lhes retira a natureza civil de que se revestem. (CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 32. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018, p. 1.213.)

10 Justificativas apresentadas pelo Ministro da Justiça no PL nº 882/2019, apresentado no Senado: A primeira e essencial observação, é a de que este projeto tem por meta estabelecer medidas contra a corrupção, o crime organizado e os crimes praticados com grave violência à pessoa. Ele enfrenta os três aspectos, corrupção, organizações criminosas e crimes com violência, porque eles são interligados e interdependentes. Portanto, de nada adiantaria enfrentar um deles sem que os outros fossem objeto de idênticas medidas.

11 BRASIL. Projeto de Lei n. 882, de 2019. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2178170>. Acesso em: 14 mai. 2020.

ser por *acordo de colaboração* (utilizado pela Lei nº 12.850/13[12], lei que dispõe sobre organizações criminosas); o *Termo de Ajustamento de Conduta* (TAC – previsto na Lei da Ação Civil Pública[13] e já regulamentado pelo Conselho Nacional do Ministério Público por meio da Resolução nº 179/2017/CNMP[14]); pelo *acordo de leniência* (previsto na Lei Anticorrupção – Lei nº 12.846/13); além de *termo de cessação de conduta*, aplicando-se de maneira subsidiária justamente as leis da organização criminosa e Anticorrupção.

A alteração apresentada trazia a ideia de uma regra de aplicação geral sobre a possibilidade de consensualização na Lei de Improbidade Administrativa[15], devendo-se utilizar dos instrumentos já disponíveis como por exemplo o Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), sendo que ao mesmo tempo possibilitaria a criação de um acordo nos moldes da colaboração premiada na área criminal, já que a proposta falava da possibilidade nas ações, portanto de âmbito judicial.

Assim, caso tivesse sido aprovada a redação nestes moldes, não teria ocorrido dúvida quanto a legitimidade para conciliação, já que além do *caput*

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

12 Acordo de Colaboração Premiada prevista no artigo 3º, inciso I e seguintes da Lei nº 12.850/13, que define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências.

13 Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: [...] § 6° Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial. (Incluído pela Lei nº 8.078, de 11.9.1990)

14 Previsão expressa autorizando o Termo de Ajustamento de Conduta em casos de Improbidade Administrativa elaborado pelo Ministério Público, previsto na Resolução nº 179/2017/CNMP: Art. 1º O compromisso de ajustamento de conduta é instrumento de garantia dos direitos e interesses difusos e coletivos, individuais homogêneos e outros direitos de cuja defesa está incumbido o Ministério Público, com natureza de negócio jurídico que tem por finalidade a adequação da conduta às exigências legais e constitucionais, com eficácia de título executivo extrajudicial a partir da celebração. [...] § 2º É cabível o compromisso de ajustamento de conduta nas hipóteses configuradoras de improbidade administrativa, sem prejuízo do ressarcimento ao erário e da aplicação de uma ou algumas das sanções previstas em lei, de acordo com a conduta ou o ato praticado.

15 Nossa interpretação extraída das justificativas apresentas ao projeto: A lei ora sob exame dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional. O que ora se propõe é a substituição do § 1º do art. 17, que proíbe a transação, acordo ou conciliação nas ações de sequestro dos bens do agente ou terceiro que tenha enriquecido ilicitamente ou causado dano ao patrimônio público, por outro que permita estas diversas formas de acordo. A vedação não faz mais sentido, face à previsão do acordo de colaboração no crime e do acordo de leniência na Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. (BRASIL. Projeto de Lei n. 882, de 2019. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2178170>. Acesso em: 14 mai. 2020.)

do artigo 17 da Lei nº 8.429/92 traz que a legitimidade ativa seria tanto do Ministério Público quanto da pessoa jurídica interessada[16], não haveria outro artigo colocando apenas o Ministério Público como legitimado a celebrar o acordo de não persecução cível.[17]

Do mesmo modo, quanto os parâmetros e formalização para eventual acordo cível nas ações de improbidade, a lei era expressa trazendo a subsidiariedade das demais normas de negócios consensuais na área criminal e de patrimônio público, leis da organização criminosa e anticorrupção, por óbvio podendo-se continuar a utilizar do Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), só que agora com o respaldo da previsão legal.

No entanto, durante o trâmite do processo legislativo, o Projeto de Lei nº 882/2019 foi apensado ao Projeto de Lei n° 10.732/2018[18], o qual possuía redação próxima do último proposto, porém entre as diferenças estava que não havia antes, no considerado "Pacote Anticrime", a previsão de alteração da Lei de Improbidade.

Após, houve um relatório do grupo de trabalho destinado a debater as mudanças promovidas pelos projetos referidos, o qual manteve a redação do parágrafo 1º da Lei de Improbidade Administrativa (LIA) – proposta pelo Executivo – justificando que a possibilidade de acordo na Lei nº 8.429/92 era almejada a tempos pelo Ministério Público, inclusive fazia parte de uma antiga proposta das "10 Medidas Contra a Corrupção".[19]

Contudo, no plenário foi apresentado um substitutivo com alterações e submetidas a votação, tendo este sido aprovado na câmara e passando a constar redação explícita quanto ao Acordo de Não Persecução Cível, no parágrafo 1º, além da inclusão do parágrafo 10-A, ambos do artigo 17 da LIA (ambos sancionados), conforme apontado acima.

Além das alterações no artigo 17 da LIA, o projeto também criou o artigo 17-A, o qual tratava detalhadamente sobre o acordo de não persecução cível nas ações de improbidade:

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

16 Art. 17. A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar.

17 Isso ocorreu na redação do Art.17-A (vetado): "Art. 17-A. O Ministério Público poderá, conforme as circunstâncias do caso concreto, celebrar acordo de não persecução cível, desde que, ao menos, advenham os seguintes resultados:"

18 Tal projeto de lei teve participação do Ministro Alexandre de Moraes como presidente da comissão de notáveis. (BRASIL. Projeto de Lei n. 10372, de 2018. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2178170>. Acesso em: 14 mai. 2020.)

19 BRASIL. Projeto de Lei n. 10372, de 2018. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2178170>. Acesso em: 14 mai. 2020.

> Art. 17-A O Ministério Público poderá, conforme as circunstâncias do caso concreto, celebrar acordo de não persecução cível, desde que, ao menos, advenham os seguintes resultados:
> I – o integral ressarcimento do dano;
> II – a reversão, à pessoa jurídica lesada, da vantagem indevida obtida, ainda que oriunda de agentes privados;
> III – o pagamento de multa de até 20% (vinte por cento) do valor do dano ou da vantagem auferida, atendendo a situação econômica do agente.
> § 1º Em qualquer caso, a celebração do acordo levará em conta a personalidade do agente, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do ato de improbidade, bem como as vantagens, para o interesse público, na rápida solução do caso.
> § 2º O acordo também poderá ser celebrado no curso de ação de improbidade.
> § 3º As negociações para a celebração do acordo ocorrerão entre o Ministério Público e o investigado ou demandado e o seu defensor.
> § 4º O acordo celebrado pelo órgão do Ministério Público com atribuição, no plano judicial ou extrajudicial, deve ser objeto de aprovação, no prazo de até 60 (sessenta) dias, pelo órgão competente para apreciar as promoções de arquivamento do inquérito civil.
> § 5º Cumprido o disposto no § 4º deste artigo, o acordo será encaminhado ao juízo competente para fins de homologação.[20]

A primeira observação da normativa é a colocação do Ministério Público como único legitimado a propositura do Acordo de Não Persecução Cível.

A redação traz os parâmetros para aplicação do aludido acordo com base no caso concreto avaliando as circunstâncias em específico, exigindo cumulativamente o integral ressarcimento do dano, a reversão, à pessoa jurídica lesada, da vantagem indevida obtida, ainda que oriunda de agentes priva-

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

20 BRASIL. Projeto de Lei n. 10372, de 2018. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2178170>. Acesso em: 14 mai. 2020.

dos e ao pagamento de multa de até 20% (vinte por cento), levando-se em considerações fatores ligados tantos aos fatos (dano e vantagem) quanto pessoais (situação econômica do agente).

Ainda, inovava o texto legislativo ao trazer ser possível firmar o referido acordo durante o curso da ação, porém não aponta de maneira expressa um limite processual até quando poderia ocorrer o consenso.

Destaca-se que as alterações propostas no "Pacote Anticrime" são as mesmas, salvo uma pequena mudança na redação e a inclusão do pagamento de multa de até 20% (vinte por cento), ao Projeto de Lei nº 10.887/2018, o qual se discute a alteração na Lei de Improbidade Administrativa.[21] Interessantes são as justificativas que estão no projeto e que objetivam alterar a LIA, entre elas o reforço da consensualidade antes ou depois da propositura da inicial, além da necessária aprovação de órgão superior do Ministério Público.[22]

Embora tenha a redação dos projetos sida aprovados no âmbito legislativo, conforme descrito acima, o Poder Executivo vetou todo o futuro art.17-A, da LIA, apresentando as seguintes justificativas:

> § 2º do art. 17-A da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, alterado pelo art. 6º do projeto de lei:
>
> Razões do veto
>
> "A propositura legislativa, ao determinar que o acordo também poderá ser celebrado no curso de ação de improbidade, contraria o interesse público por ir de encontro à garantia da efetividade da

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

21 Art. 17-A. O Ministério Público poderá, conforme as circunstâncias do caso concreto, celebrar acordo de não persecução cível, desde que, ao menos, advenham os seguintes resultados: I – o integral ressarcimento do dano; II – a reversão, à pessoa jurídica lesada, da vantagem indevida obtida, ainda que oriunda de agentes privados; III – o pagamento de multa. § 1o Em qualquer caso, a celebração do acordo levará em conta a personalidade do agente, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do ato de improbidade, bem como as vantagens, para o interesse público, na rápida solução do caso. § 2o O acordo também poderá ser celebrado no curso de ação de improbidade. § 3o As negociações para a celebração do acordo ocorrerão entre o Ministério Público e o investigado ou demandado e o seu defensor. § 4º O acordo celebrado pelo órgão do Ministério Público com atribuição, no plano judicial ou extrajudicial, deve ser objeto de aprovação, no prazo de até 60 (sessenta) dias, pelo órgão competente para apreciar as promoções de arquivamento do inquérito civil. § 5º Cumprido o disposto no parágrafo anterior, o acordo será encaminhado ao juízo competente para fins de homologação. (BRASIL. Projeto de Lei n. 10887, de 2018. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2184458>. Acesso em: 14 jun. 2020.)

22 BRASIL. Projeto de Lei n. 10887, de 2018. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2184458>. Acesso em: 14 jun. 2020.

> transação e do alcance de melhores resultados, comprometendo a própria eficiência da norma jurídica que assegura a sua realização, uma vez que o agente infrator estaria sendo incentivado a continuar no trâmite da ação judicial, visto que disporia, por lei, de um instrumento futuro com possibilidade de transação."
>
> Caput e §§ 1º, 3º, 4º e 5º do art. 17-A da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, alterados pelo art. 6º do projeto de lei:
>
> "A propositura legislativa, ao determinar que caberá ao Ministério Público a celebração de acordo de não persecução cível nas ações de improbidade administrativa, contraria o interesse público e gera insegurança jurídica ao ser incongruente com o art. 17 da própria Lei de Improbidade Administrativa, que se mantém inalterado, o qual dispõe que a ação judicial pela prática de ato de improbidade administrativa pode ser proposta pelo Ministério Público e/ou pessoa jurídica interessada leia-se, aqui, pessoa jurídica de direito público vítima do ato de improbidade. Assim, excluir o ente público lesado da possibilidade de celebração do acordo de não persecução cível representa retrocesso da matéria, haja vista se tratar de real interessado na finalização da demanda, além de não se apresentar harmônico com o sistema jurídico vigente."[23]

Portanto, com os vetos ao artigo 17-A, manteve-se apenas os parágrafos 1º e 10-A do artigo 17 da LIA (em vigor), os quais autorizam e mencionam o Acordo de Não Persecução Cível, porém com os vetos da parte que cuidava dos critérios de utilização do acordo, passou-se a questionar como se daria a aplicação do instituto, quais os parâmetros a serem utilizados, especialmente quanto ao tempo e os critérios das obrigações (sanções).

Nos próximos capítulos se apresentará os parâmetros de aplicação das

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

23 BRASIL. Projeto de Lei n. 10372, de 2018. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2178170>. Acesso em: 14 mai. 2020.

sanções em ações judiciais da lei de improbidade e dos termos de ajustamento de conduta, bem como quais os parâmetros a serem aplicados aos Acordos de Não Persecução Cível.

3. Parâmetros de aplicação das sanções nas ações judiciais da lia(lei nº8.429/92)

A Lei nº 8429/92 regulamenta o artigo 37, parágrafo 4º, da Constituição Federal, que visa a responsabilização e aplicações de sanções aos sujeitos que praticarem atos de improbidade administrativa, portanto a LIA atende a um mandado constitucional sancionatório.

Conforme apontado acima, as sanções da LIA são de natureza civil administrativa, tendo o artigo 12 da Lei nº 8.429/92 elencado as seguintes sanções que podem ser aplicadas judicialmente por ato de improbidade administrativa: (i) perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio; (ii) ressarcimento integral do dano; (iii) perda da função pública; (iv) suspensão dos direitos políticos; (v) pagamento de multa civil; e, (vi) proibição de contratar com o poder público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.

Ressalta-se novamente o entendimento de que o ressarcimento ao erário e a perda dos valores acrescidos ilicitamente, não são sanções mais sim recomposições ao *status quo* anterior do erário.

A lei ainda qualifica a punição a espécie de ato de improbidade praticado, estabelecendo ainda que as sanções podem ser fixadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do dano.[24]

O parágrafo único do artigo 12 da LIA dispõe que as sanções serão aplicadas pelo juiz levando em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente.[25]

Subtrai-se da legislação três parâmetros a serem utilizados na fixação das sanções de improbidade administrativa: a gravidade do fato, a extensão do dano causado e o proveito patrimonial obtido pelo agente.

Porém, a Lei de Improbidade não traz na norma, previsão semelhante ao artigo 59 do Código Penal[26], regra de fixação de pena com parâmetros a serem

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

24 Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato.

25 Art.12. […] Parágrafo único. Na fixação das penas previstas nesta lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente.

26 Há doutrina que já defendeu a possibilidade de utilização do artigo 59 do Código Penal na aplicação das sanções da LIA. (CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual

utilizados pelo juiz, no entanto, a doutrina[27] e a jurisprudência[28] inseriram o princípio da proporcionalidade a fim de que se possa quantificar a sanção, sob o aspecto da cumulação e entre o máximo ou mínimo.[29]

Para além desses parâmetros utilizados, interessante os apontados pela doutrina de Salgado Filho:

> São parâmetros para fixação das sanções: a) gravidade da conduta; b) o benefício obtido pelo agente público ou o benefício que procurava obter; c) a condição econômica do agente público; d) a atitude do agente público, que diante da investigação ou do curso da ação oponha embaraços ao controle interno ainda que sob seu comando; e) a dimensão social do dano; f) as condutas antecedentes do agente; g) extensão dos danos (moral e patrimonial); h) a ilegitimidade das despesas.[30]

Outros doutrinadores acrescentam a intensidade do elemento anímico (dolo ou culpa),[31] em razão de que é necessário a adequação da culpa ao dano nos moldes do que já prevê o Código Civil na responsabilidade civil,[32] servindo assim a conduta e o resultado como parâmetros do que seja considerado um

---

de direito administrativo. 32. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018, p. 1.215.)

27 FAZZIO JÚNIOR, Waldo. Improbidade administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 522; e, SALGADO FILHO, Nilo Spinola. Probidade administrativa. In NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano (coord.). Manual de direitos difusos. São Paulo: Verbatim, 2012, p. 638.

28 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 507.574/MG. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7175744/recurso-especial-resp--507574-mg-2003-0027068-7-stj/relatorio-e-voto-12908003>. Acesso em: 14 mai. 2020; e, BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.376.481/RN. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/153399177/agrg-no-recurso-especial--agrg-no-resp-1376481-rn-2013-0095024-9>. Acesso em: 14 mai. 2020.

29 Isso porque algumas sanções, como a suspensão dos direitos políticos é estabelecida em mínimo e máximo e a multa a lei usa a expressão de até, também necessitando de quantificação.

30 SALGADO FILHO, Nilo Spinola. Probidade administrativa. In NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano (coord.). Manual de direitos difusos. São Paulo: Verbatim, 2012, p. 638-639.

31 ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo. Interesses difusos e coletivos. 10 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020, p. 929.

32 Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano. Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.

ato de improbidade de grave escala e de pequeno calibre,[33] aliado ao princípio da proporcionalidade.[34]

Indispensável ressaltar que o princípio da proporcionalidade é visto sobre duas concepções, uma pela proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) e a outra da proibição de excesso (Ubermassverbot), sobre esse tema preciosos os conceitos de Daniel Sarmento:

> O princípio da proporcionalidade é concebido tradicionalmente como um instrumento para controle de excessos no exercício do poder estatal, visando a conter o arbítrio dos governantes. Porém, no cenário contemporâneo, sabe-se que os poderes públicos têm funções positivas importantes para a proteção e a promoção dos direitos e a garantia do bem-estar coletivo A ideia de proporcionalidade como proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) desenvolveu-se no direito constitucional germânico a partir da concepção de que os direitos fundamentais não são meros direitos subjetivos negativos, mas possuem também uma dimensão objetiva, na medida em que tutelam certos bens jurídicos e valores que devem ser promovidos e protegidos diante de riscos e ameaças originários de terceiros. Reconheceu-se, portanto, um dever de proteção estatal dos direitos fundamentais — mesmo os de matriz liberal —, que se estende ao Legislativo, à Administração Pública e ao Poder Judiciário. Este dever de proteção é também chamado de imperativo de tutela. Daí decorre que o princípio da proporcionalidade também pode ser manejado para controlar a observância pelo Estado deste

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

33 FAZZIO JÚNIOR, Waldo. Improbidade administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 524.

34 Conceito trazido por J.J. Gomes Canotilho: Quando se chegar à conclusão da necessidade e adequação do meio para alcançar determinado fim, mesmo neste caso deve perguntar-se se o resultado obtido com a intervenção é proporcional à «carga coactiva» da mesma. Meios e fim são colocados em equação mediante um juízo de ponderação, a fim de se avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim. Trata-se, pois, de uma questão de «medida» ou «desmedida» para se alcançar um fim: pesar as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993, p. 383-384.)

> dever de proteção, de forma a coibir a sua inação ou atuação deficiente.[35]

Nesses termos a aplicação de sanções de improbidade administrativa estão sob o olhar da necessidade proteção eficiente do patrimônio público, bem jurídico de direito fundamental coletivo, porém tais sanções estão limitadas quando o olhar é voltado para o sujeito, analisando os demais parâmetros e o devido processo legal, direito fundamental individual, a fim de que não seja responsabilizado em excesso.

4. Parâmetros de aplicação das sanções nos termos de ajustamento de conduta da lia (lei nº 8.429/92)

A Lei nº 8.429/92 previa expressamente a vedação de transação, acordo ou conciliação nas ações de improbidade.

Porém a LIA – que era de 1992 – já não acompanhava mais a ordem jurídica vigente, especialmente no quesito da possibilidade de solução consensual, como por exemplo os acordos de leniência da lei anticorrupção, como os acordos de colaboração premiada da "Lei de Organizações Criminosas".

Partindo dessas premissas legais autorizativas e também na proteção eficiente do patrimônio público, tanto sob o viés de acesso à justiça quanto de celeridade, alguns Ministérios Públicos estaduais[36] e posteriormente o Conselho Nacional do Ministério Público, por meio de resolução permitiram o compromisso de ajustamento de conduta também nas condutas da Lei nº 8.429/92.

Como parâmetros cada Ministério Público Estadual[37] regulou as condições e também a possibilidade de sanções, mas em geral observando-se os próprios critérios das ações judiciais, como a extensão do dano causado, as-

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

35 SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 392.

36 MPES – Resolução COPJ Nº 006/2014; MPAP – Resolução CSMP nº 002/2017; MPPR – Resolução CSMP nº 01/2017; MPMG – Resolução CSMP nº 03/2017; MPPB – Resolução CPJ nº 019/2018; MPGO – Resolução CPJ nº 09/2018; MPRS – Provimento PGJ nº 58/2018; MPTO – Resolução CSMP nº 005/2018; MPMS – Resolução CPJ nº 06/2019; MPRN – Resolução CPJ nº 008/2019; MPMA – Resolução CPMP nº 75/2019; MPRO – Resolução CPJ nº 06/2019; e, MPAL – Resolução CPJ nº 11/2019.

37 Ministério Público do Rio Grande do Sul por meio do Provimento nº 58/2018: Art. 7.º Tendo como parâmetros a extensão do dano causado, o proveito patrimonial obtido pelo agente, o grau de censura da conduta do compromissário e/ou as sanções aplicadas em casos semelhantes já julgados pelos tribunais pátrios, bem como visando assegurar a eficácia dos comandos da Lei n. 8.429/1992 e o respeito aos princípios que norteiam a administração pública, o Compromisso de Ajustamento de Conduta poderá prever também uma ou mais das seguintes condições.

sim como o proveito patrimonial obtido pelo agente.

Outra característica geral é que os termos firmados – judiciais ou extrajudiciais – sejam necessariamente homologados pelo órgão superior do próprio Ministério Público.[38]

Outros Ministérios Públicos incluíram como requisito a necessidade de participação ativa do compromissário, devendo esclarecer os fatos, ou seja, confissão/colaboração premiada.[39]

Entretanto a grande diferença entre as regulações ministeriais estaduais se encontra quanto as sanções firmadas em Termo de Ajustamento de Conduta (TAC).

Alguns Ministérios Públicos possibilitam apenas as medidas de recomposição e algumas sanções como o pagamento de multa civil, proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios, não possibilitando expressamente a suspensão dos poderes políticos, proibição de contratar com o poder público e a perda do cargo público.[40]

Contudo, alguns *Parquets* estaduais preveem a possibilidade de sanções semelhantes à da lei de improbidade, mediante a renúncia ao exercício da função pública e da capacidade eleitoral passiva.[41]

Destarte todos os parâmetros na ação judicial e nos termos de ajustamento de conduta de atos de improbidade, os questionamentos que surgem são, quais os parâmetros a serem utilizados no Acordo de Não Persecução Cível para aplicação das sanções, faz-se necessário a remessa a órgão superior? Até que momento processual poderá ser realizado? É possível firmar todas as *sanções* previstas na LIA? Essas questões serão apresentadas a seguir de forma objetiva, em razão da natureza deste trabalho.

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

38 São assim: o MPRS, MPSC, MPPR, MPMMG, MPGO e o MPRN.

39 Resolução n. 09/2018 do MPGO: Art. 49. O órgão de execução do Ministério Público, no âmbito de suas respectivas atribuições, poderá tomar compromisso de ajustamento de conduta para a aplicação célere e eficaz das sanções estabelecidas na Lei nº. 8.429/92, de forma fundamentada e de acordo com a conduta ou o ato praticado, observados os princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e da eficiência. § 1º O compromisso de ajustamento de conduta somente pode ser celebrado se presentes as seguintes condições: I – esclarecimento da conduta praticada pelo compromissário; II – cessação do envolvimento do compromissário no ato ilícito; III – compromisso de ressarcimento integral do dano e de perda de todos os bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, quando for o caso; IV – compromisso de pagamento de multa civil, nos limites previstos nos incisos do artigo 12 da Lei nº. 8.429/92; V – estabelecimento de multa cominatória para a hipótese de descumprimento das obrigações pactuadas. Também o MPGM por meio da Resolução CSMP 3/2017.

40 Nesse sentido, a Resolução nº 01/2017 do Ministério Público do Estado do Paraná.

41 De maneira similar estão previstas nas resoluções do MP/PB, MP/MG e MP/AL.

5. Parâmetros para aplicação do acordo de não persecução cível criado pelo pacote anticrime (lei nº 13.964/2019)

Conforme trabalhado acima o legislado criou a figura do Acordo de Não Persecução Cível no artigo 17, parágrafo 1º, da Lei nº 8.429/92, porém com o veto ao artigo 17-A da mesma lei, não há parâmetros para a sua aplicação.

Nesse ponto, a doutrina aponta que o Acordo de Não Persecução Cível deve ser aplicado utilizando-se analogicamente[42] das regulações já existentes, como as que tratam do Termo de Ajustamento de Conduta, diante da similitude dos regimes e dos seus efeitos. Neste sentido, Pedro Tenório Soares Vieira aduz:

> Com a inovação legislativa, aparentemente, o legislador apenas modificou a nomenclatura, passando a chamar o CAC de acordo de não persecução cível, no âmbito da improbidade administrativa. O acordo de não persecução cível, seguindo a mesma linha do CAC, poderá ser firmado tanto na fase extrajudicial quanto na fase judicial.[43]

Sendo certo que diante da norma geral estabelecida na Lei de Improbidade Administrativa, será possível a regulação por Resolução do Conselho Nacional de Justiça ou dos Ministérios Públicos estaduais/federais. Inclusive, o Ministério Público do Estado de São Paulo já regulamentou o acordo no seu âmbito por meio da Resolução nº 1.193/2020/CPJ de 11 de março de 2020,[44] trazendo regras próprias para a sua aplicação.

Interessante observar que na Resolução do Ministério Público Paulista, embora tenha feito previsão própria ao acordo, manteve a eficácia do acordo com a submissão ao Conselho Superior do Ministério Público, mesmo que seja formulado em meio judicial, o que já ocorre nos termos de ajustamento de conduta que tratam de atos de improbidade em diversos Ministérios Públicos

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

42 Claro que esses diplomas não trazem a fórmula perfeita e acabada, devendo-se realizar os devidos temperamentos e adaptações, mas a sistemática dos TACs servirá de bússola hermenêutica e prática para o caso. (PINHEIRO, Igor Pereira. Lei anticrime e acordo de não persecução cível – aspectos teóricos e práticos. Fortaleza: Jhimuzno, 2020.)

43 TAVARES, Pedro Tenório Soares Vieira; NETTO, Estácio Luiz Gama de Lima. Pacote anticrime – as modificações no sistema de justiça criminal brasileiro. E-book, 2020.

44 MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO. Resolução nº 1.193/2020-CPJ, de 11 de março de 2020. Disponível em: <http://biblioteca.mpsp.mp.br/PHL_IMG/RESOLUCOES/1193.pdf>. Acesso em: 18 mai. 2020.

Estaduais.[45]

Conquanto haja doutrina[46] que defenda que o acordo de não persecução civil realizado na fase judicial, independa de análise pelo órgão interno do Ministério Público, com base na previsão do artigo 6º, parágrafo 1º, da Resolução nº 179/17/CNMP, entende-se que seja mais adequado ao próprio fim do acordo de não persecução cível, até que não haja regulação própria, que seja o acordo – mesmo que judicial – levado ao órgão colegiado para análise do mérito.

Consoante ao fim pretendido do Acordo de Não Persecução Cível é a resolução consensual entre as partes – autor da ação e sujeito passivo – como uma forma de atender a defesa do patrimônio público de forma célere e ao mesmo tempo reprimir condutas ímprobas. Sendo assim, mantendo-se a sindicabilidade dentro do Ministério Público, atenderia ao princípio e os fins da alteração promovida. Do contrário, caberia em última análise a terceiro poder jurisdicional, a análise quanto ao mérito do acordo elaborado, fugindo da ideia de autocomposição.

Outro argumento é a possibilidade de uma uniformização dos acordos elaborados, já que passariam todos pelo órgão superior. Ao juízo caberia apenas analisar a legalidade do acordo e também se há a livre manifestação das partes, como qualquer acordo entabulado hodiernamente.

Em relação ao tempo que pode ser celebrado o Acordo de Não Persecução Cível o extrajudicial poderá ser celebrado a todo tempo antes de demanda judicial, recomenda-se a adoção do Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), pois o acordo extrajudicial na verdade é o compromisso de ajustamento, muda-se apenas a nomenclatura, como já regulamentando a utilização do TAC, torna-se mais efetivo.

Já na fase judicial, há ao menos dois posicionamentos. Um aponta que poderá ser celebrado até a contestação[47] em razão da previsão no parágrafo

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

45 Assim também a Resolução nº 01/2020 do Ministério Público de Pernambuco.

46 Neste aspecto aponta Andrade: Se o juiz considerar inadequadas ou desproporcionais as condições fixadas no acordo de não persecução cível, poderá devolver os autos às partes para que seja reformulada a proposta de acordo. Note-se, justamente por isso, que os acordos judiciais celebrados pelo Ministério Público não são passíveis de revisão no âmbito interno (não necessitam ser homologados pelo respectivo Conselho Superior), pois o controle já realizado pela autoridade judicial. (ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo. Interesses difusos e coletivos. 10 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020, p. 995.)

47 Uma segunda corrente, a qual nos filiamos, poderá propugnar a existência de preclusão para a realização de acordo após a apresentação da contestação pelo(s) requerido(s), pois, além da literalidade do dispositivo indicar isso, o acordo de não persecução cível surgiu para buscar, quando cabível, uma resolução célere das demandas. (PINHEIRO, Igor Pereira. Lei anticrime e acordo de não persecução cível – aspectos teóricos e práticos. Fortaleza: Jhimuzno, 2020.)

10-A do artigo 17 da LIA, incluído com o "Pacote Anticrime". Por ele as partes poderão pedir ao juiz a interrupção do prazo para a contestação, por prazo não superior a 90 (noventa) dias, caso haja possibilidade de solução consensual.

Essa linha de entendimento coaduna-se com as razões do veto – pelo Executivo – do artigo 17-A, parágrafo 2º, do "Pacote Anticrime", caso seja possível o Acordo de Não Persecução a todo tempo desvirtuaria o próprio objetivo do consenso, já que o agente infrator estaria sendo incentivado a continuar no trâmite da ação judicial.

O segundo entendimento é que seria possível o Acordo de Não Persecução durante toda a ação judicial tendo como limite a sentença condenatória com trânsito em julgado, em razão de a lei não ter estabelecido este parâmetro temporal.[48]

Nesse ponto, já é possível encontrar decisão do Superior Tribunal de Justiça, limitando a sentença a possibilidade do acordo de não persecução cível ao menos até segunda instância: "[...] não ser o acordo de não persecução cível um direito subjetivo do réu, o presente processo já ultrapassou a fase de análise dos fatos e provas (primeira e segunda instâncias)".[49]

Já quanto os parâmetros para aplicação das sanções, do mesmo modo que ocorre na ação judicial, quanto nos termos de ajustamento de conduta entende-se necessário a adoção dos critérios legais a gravidade do fato, a extensão do dano causado e o proveito patrimonial obtido pelo agente, acrescido sempre do princípio da proporcionalidade.

Outro parâmetro existente em algumas resoluções de TAC e que nos parece imprescindível é o reconhecimento do ato de improbidade pelo requerido, isso porque o juízo de aplicação da sanção passa necessariamente pelo juízo de improbidade da conduta, sendo primordial a confissão, aliada a outros elementos.

Ainda, como argumento, há entendimento jurisprudencial de dispensa da audiência de conciliação nas ações de improbidade quando o requerido nega o ato, desvirtuando o próprio sentido do acordo.[50]

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

48 ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo. Interesses difusos e coletivos. 10 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020, p. 995.

49 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Superior Tribunal de Justiça STJ - AgInt no RtPaut no AgInt no RE nos EDcl no AgInt no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL : AgInt no RtPaut no AgInt no RE nos EDcl no AgInt no AREsp 1341323 RS 2018/0198559-7. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/858121330/agint-no-rtpaut-no-agint-no-re-nos-edcl-no-agint-no-agravo-em-recurso-especial-agint-no-rtpaut-no-agint-no-re-nos-edcl-no-agint-no-aresp-1341323-rs-2018-0198559-7/decisao-monocratica-858121426?ref=serp. Acesso em: 14 mai. 2020.

50 AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDA-

Por fim, quanto as sanções possíveis no Acordo de Não Persecução Cível, de acordo com o que já trabalhado acima no Termo de Ajustamento de Conduta, há duas linhas sendo aplicadas. A primeira que possibilita todas as medidas de recomposição mais alguma das sanções, exceto a suspensão dos poderes políticos e a perda do cargo público, ou em razão da gravidade dos fatos que ensejam tais medidas, ou porque o entendimento que para estas seja indispensável sentença condenatória.

Uma segunda linha é no sentido da possibilidade de aplicação de todas as sanções inclusive as que restringem direitos, como a renúncia ao exercício da função pública, com a participação da pessoa jurídica interessada[51] e da capacidade eleitoral passiva.[52]

Em razão do objeto deste trabalho, apresenta-se de forma resumida, o entendimento pela aplicação não de sanções no sentido da previsão na LIA,

---

DE. SERVIDORES PÚBLICOS MUNICIPAIS DA CAAPSML (CAIXA DE ASSISTÊNCIA, APOSENTADORIA E PENSÕES DOS SERVIDORES MUNICIPAIS DE LONDRINA). RECEBIMENTO DE "SUPER-SALÁRIOS". INDISPONIBILIDADE DE BENS. DECRETADA. DESIGNAÇÃO DE AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO, PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL, E ACRÉSCIMO DE PONTOS CONTROVERTIDOS JÁ FIXADOS NA DECISÃO SANEADORA. DESNECESSIDADES. 1. Correto o indeferimento da designação da audiência de conciliação, pois não obstante a possibilidade de autocomposição no campo da improbidade administrativa, inclusive com previsão expressa na LIA (recente alteração promovida pela "Lei Anticrime"), não há consenso entre as partes que justifique eventual transação, notadamente porque o réu nega a prática de atos ímprobos, deixando de reconhecer a procedência do pedido do autor. 2. A realização de perícia não é imprescindível para elucidar os fatos noticiados na exordial. Quanto à autoria dos lançamentos das verbas, estes ocorreram com a utilização de login e senha do servidor. No que diz respeito às regularidades dos valores recebidos, em especial no que se refere às horas extras, basta o confronto do que era legalmente devido ao servidor com o que fora ilicitamente recebido. Desnecessária, portanto, a perícia. 3. O acréscimo de novas questões aos pontos controvertidos já deferidos na decisão saneadora é desnecessário, ante a não realização de perícia nos autos. RECURSO NÃO PROVIDO. (destacado) (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Agravo de Instrumento n. 0034880-36.2019.8.16.0000. Disponível em: <https://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/832589953/processo-civel-e-do-trabalho-recursos-agravos-agravo-de-instrumento-ai-348803620198160000-pr-0034880-3620198160000-acordao>. Acesso em: 14 mai. 2020.)

51 Exemplo são as previsões do artigo 5º, inciso III, § 2º, da Resolução 19/2018 do MP/PB. Já o artigo 4º, inciso III, §3º da Resolução nº 01/2020, do Ministério Público de Pernambuco, que regulamenta o Acordo de Não Persecução Cível, prevê que a pessoa jurídica receberá cópia do acordo e informará se houve ou não a exoneração.

52 Nesse sentido, pode identificar na notícia do Ministério Público de Santa Catarina. (MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA. 10 PJ de Chapecó assina termo de não persecução cível em caso de improbidade administrativa. Disponível em: <https://www.mpsc.mp.br/noticias/10-pj-de-chapeco-assina-termo-de-nao-persecucao-civel-em-caso-de-improbidade-administrativa>. Acesso em: 21 mai. 2020.) Assim, também, o Ministério Público Federal. (MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Goiás: MPF assina primeiro acordo de não persecução cível e criminal com base na Lei Anticrime. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/go/sala-de-imprensa/noticias-go/mpf-em-goias-assina-primeiro-acordo-de-nao-persecucao-civel-e-criminal-com-base-na-lei-anticrime>. Acesso em: 21 mai. 2020.)

mas de obrigações semelhantes às sanções.

Inicialmente, fundamenta-se que o acordo não impõe uma sanção, imposição, o que há é a aceitação do compromissário/acordante em se submeter a obrigações que possuem efeitos semelhantes a sanção.

Concorrente a tal exposição que são obrigações e não sanções, são as consequências pelo não cumprimento, as quais tornaram possível apenas a execução de cunho pecuniário, já que a sanção de renúncia de não concorrer a cargo público não poderá ser obstada pelo acordo, não podendo o juiz eleitoral deixar de registrar candidatura, até porque o artigo 15, inciso V, da CF e o artigo 20 da Lei nº 8.429/92 exigem a prolação de sentença.[53]

Ainda, fundamentando que não são sanções, mas sim obrigações *semelhantes*, diz respeito aos efeitos secundários, exemplo é que a renúncia dos direitos políticos não reflete na inelegibilidade prevista alínea I do inciso I do artigo 1º da Lei Complementar n° 64/1990.[54]

Contudo, embora entende-se neste trabalho que não seja sanção as medidas acordadas, com base no princípio da proporcionalidade, especialmente sob os vieses da proteção eficiente do patrimônio público, aliado ao princípio da celeridade e de acesso à justiça e da proibição do excesso, com prende-se ser possível, com muito temperamento, fixar obrigações *semelhantes* a todas as sanções da LIA, como as de renúncia de direitos.[55]

Ou seja, quando preenchidos os demais parâmetros apresentados, junto com a renúncia de direitos fundamentais pelo requerido, como a de concorrer a cargo público, ou de continuar no serviço público, sem excessos,

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

53 Interpretação ao contrário nos parece subverter qualquer sentido da norma tanto constitucional quanto legal.

54 Inclusive na Resolução do Ministério Público do Estado de São Paulo sobre o Acordo de Não persecução Cível, vedou-se a possibilidade de acordo quando a conduta ímproba imputada se subsumir às hipóteses de inelegibilidade, nos termos alínea l do inciso I do artigo 1º da Lei Complementar n° 64/1990. Ou seja, aqueles que forem condenados à suspensão dos direitos políticos, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, por ato doloso de improbidade administrativa que importe lesão ao patrimônio público e enriquecimento ilícito.

55 A possibilidade de renúncia de direitos fundamentais é conhecida desde o famoso caso francês de “arremesso de anões”. Definir quando, por que, de que forma e em que medida a ordem jurídica deve interferir na vida particular dos seus cidadãos tem sido, desde sempre, um dos problemas centrais não apenas do direito, mas também da filosofia e da ciência política. Em tomo do tema, formaram-se as mais variadas correntes de pensamento. E muito embora o embate esteja longe de terminar, há hoje algum consenso em tomo da ideia de que o Estado precisa proteger certos direitos essenciais do Homem, não apenas contra ameaças do próprio Estado ou de outros particulares, mas também, em situações extremas, contra a vontade do próprio titular desses direitos. Ao leitor pode soar estranho, quiçá assustador, que a ordem jurídica precise e se disponha a proteger as pessoas de si mesmas. Uma pitada de História talvez ajude a compreender essa necessidade. (SCHREIBER, Anderson. Direitos da personalidade. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 02.)

atender de maneira suficiente e necessária a defesa do patrimônio público e por consequência a coletividade, sob a análise do órgão interno revisor, tudo devidamente fundamentado com base no artigo 93, inciso IX, da CF, poderia – no caso concreto – estipular tais obrigações no acordo de não persecução cível. Fora disso, entende-se apenas possível as sanções já adotadas nas Resoluções sobre Termos de Ajustamento de Conduta, sem possibilitar a perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos.

6. Conclusão

Após o todo analisado, verifica-se que o Acordo de Não Persecução Cível, mesmo com diversos vetos pelo executivo, está vigente na legislação brasileira com a alteração trazida pela Lei nº 13.964/19, conhecido como "Lei Anticrime".

Diante da sua possibilidade de utilização imediata, identificou-se que há lacunas especialmente quanto aos seus parâmetros de aplicação, como a necessidade ou não de remessa a órgão superior, até que momento processual poderá ser realizado e as sanções possíveis de aplicação.

Revelou-se que já há alguns regulamentos em Ministério Públicos estaduais cuidando da matéria, definindo a necessidade homologação por órgão interno superior, bem como as sanções a serem estipuladas.

Também observou-se que já houve alguns Acordos de Não Persecução Cível firmados, inclusive aplicando sanções de renúncia de direitos.

Neste ponto, apresentou-se ponto de vista que na verdade mesmo que acordado não se tratam de eminentemente de sanções, trazendo ser possível acordar, desde que sob o ponto de vista do princípio da proporcionalidade, de maneira dosada e com o crivo do órgão superior a estipulação de obrigações *semelhantes* a sanções da LIA, atendidos a proteção eficiente do patrimônio público e vedando excessos.

Por fim, conclui-se que o acordo de não persecução cível é uma importante ferramenta que vem atender um apelo da superação da impossibilidade de acordos na Lei de Improbidade Administrativa, porém ainda está na fase incipiente e principalmente de uma devida uniformização, por meio de normas primárias ou secundárias.

7. Referências

ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo. Interesses difusos e coletivos. 10 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Diário Oficial da União. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.. Acesso em: 14 jun. 2020.

______. Lei n. 8.429, de 02 de junho de 1992. Diário Oficial da União. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm>. Acesso em: 14 jun. 2020.

______. Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013. Diário Oficial da União. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm>. Acesso em: 14 jun. 2020.

______. Lei n. 12.850, de 02 de agosto de 2013. Diário Oficial da União. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm>. Acesso em: 14 jun. 2020.

______. Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Diário Oficial da União. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm>. Acesso em: 14 jun. 2020.

______. Projeto de Lei n. 882, de 2019. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2178170>. Acesso em: 14 mai. 2020.

______. Projeto de Lei n. 10372, de 2018. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2178170>. Acesso em: 14 mai. 2020.

______. Projeto de Lei n. 10887, de 2018. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2184458>. Acesso em: 14 jun. 2020.

______. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 507.574/MG. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7175744/recurso-especial-resp-507574-mg-2003-0027068-7-stj/relatorio-e-voto-12908003>. Acesso em: 14 mai. 2020.

______. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial n. 966.086/RS. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/631192304/re-nos-edcl-no-agint-no-agravo-em-recurso-especial-re-nos-edcl-no-agint-no-

-aresp-966086-rs-2016-0211519-0/decisao-monocratica-631192309>. Acesso em: 14 mai. 2020.

______. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.376.481/RN. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/153399177/agrg-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1376481-rn-2013-0095024-9>. Acesso em: 14 mai. 2020.

______. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Agravo de Instrumento n. 0034880-36.2019.8.16.0000. Disponível em: <https://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/832589953/processo-civel-e-do-trabalho-recursos-agravos-agravo-de-instrumento-ai-348803620198160000-pr-0034880-3620198160000-acordao>. Acesso em: 14 mai. 2020.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Manual do acordo de não persecução penal: à luz da Lei nº 13.964/2019 (Pacote Anticrime). Salvador: Juspodivm, 2020.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 32. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Resolução nº 179, de 26 de julho de 2017. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-179.pdf>. Acesso em: 17 mai. 2020.

CONSULTOR JURÍDICO. A dosimetria das sanções por improbidade administrativa. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jan-19/opiniao-dosimetria-sancoes-improbidade-administrativa>. Acesso em: 18 mai. 2020.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. Improbidade administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2015.

GARCIA, Emerson. Improbidade administrativa. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

______; ALVES, Rogerio Pacheco. Improbidade administrativa. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

GOMES, Orlando. Introdução ao direito civil. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

LIMA, Renato Brasileiro de. Pacote anticrime: comentários à Lei nº 13.964/19 – artigo por artigo. Salvador: Juspodivm, 2020.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. A noção jurídica de interesse público. In: Grandes temas de direito administrativo. São Paulo: Malheiros, 2009.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE GOIÁS. Resolução nº 09, de 27 de agosto de 2018. Disponível em: <http://www.mpgo.mp.br/portal/arquivos/2018/08/30/13_11_55_771_Publica%C3%A7%C3%A3o_cpj_resolucao_09_2018_disciplina_a_tramitacao_dos_autos_extrajudiciais_no_ambito_do_mpgo.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2020.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE PERNAMBUCO. Resolução nº 01, de 05 de fevereiro de 2020. Disponível em: <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:pcUm_UHXOWEJ:https://mppe.mp.br/mppe/institucional/conselho-superior/conselho-instrumentos-juridicos/category/192-resolucoes%3Fdownload%3D8482:resolucao-csmp-001-2020-acordo-de-nao-persecucao-civel+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 15 jun. 2020.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA. 10 PJ de Chapecó assina termo de não persecução cível em caso de improbidade administrativa. Disponível em: <https://www.mpsc.mp.br/noticias/10-pj-de-chapeco-assina-termo-de-nao-persecucao-civel-em-caso-de-improbidade-administrativa>. Acesso em: 21 mai. 2020.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO. Resolução nº 1.193/2020-CPJ, de 11 de março de 2020. Disponível em: <http://biblioteca.mpsp.mp.br/PHL_IMG/RESOLUCOES/1193.pdf>. Acesso em: 18 mai. 2020.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ. Resolução nº 01, de 15 de maio de 2017. Disponível em: <http://www.mppr.mp.br/arquivos/File/Restaurativo/Resolucao_01_2017_CSMP_MPPR.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2020.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Goiás: MPF assina primeiro acordo de não persecução cível e criminal com base na Lei Anticrime. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/go/sala-de-imprensa/noticias-go/mpf-em-goias-assina-primeiro-acordo-de-nao-persecucao-civel-e-criminal-com-base-na-lei-anticrime>. Acesso em: 21 mai. 2020.

PINHEIRO, Igor Pereira. Lei anticrime e acordo de não persecução cível – aspectos teóricos e práticos. Fortaleza: Jhimuzno, 2020.

SALGADO FILHO, Nilo Spinola. Probidade administrativa. In NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano (coord.). Manual de direitos difusos. São Paulo: Verbatim, 2012.

SCHREIBER, Anderson. Direitos da personalidade. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

TAVARES, Pedro Tenório Soares Vieira; NETTO, Estácio Luiz Gama de Lima. Pacote anticrime – as modificações no sistema de justiça criminal brasileiro. E-book, 2020.

A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO ANTE A EXPANSÃO DA JUSTIÇA PENAL NEGOCIADA NO PACOTE ANTICRIME

Renan Posella Mandarino[1]
Valter Foleto Santin[2]

SUMÁRIO

RESUMO

O presente trabalho busca demonstrar as transformações geradas pela Lei nº 13.964/19 no sistema acusatório brasileiro, com a introdução de modelos negociais, estabelecendo a partir dessa alteração legislativa, os caminhos a serem adotados para otimizar a atuação do Ministério Público no sistema de justiça penal. A conclusão é que atuação do Ministério Público deve se orientar pela legalidade, respeitando a autonomia e a independência do membro ministerial para realização dos acordos. O modelo negocial permite uma atuação "reguladora" por parte da acusação, substituindo o antigo sistema de formalização processual e punição.

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

1 Doutorando em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP/PR. Bolsista CAPES/Fundação Araucária. Mestre em Direito pela Universidade Estadual Paulista – UNESP/SP.

2 Professor dos programas de Mestrado e Doutorado da Universidade Estadual do Norte do Paraná UENP-Jacarezinho/PR. Doutor em Direito pela USP - Universidade de São Paulo e Pós-doutor pelo programa de Pós-doutoramento em Democracia e Direitos Humanos, no Ius Gentium Conimbrigae, Centro de Direitos Humanos, sediado na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Portugal). Líder do Grupo de pesquisa Políticas públicas e efetivação dos direitos sociais (UENP). Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo.

PALAVRAS-CHAVE: consenso; sistema acusatório; *plea bargaining;* verdade negociada; pena.

1. Introdução

O modelo consensual surgiu no sistema penal brasileiro com a Lei nº 9.099/95. A criação dos Juizados Especiais iniciou um novo caminho para regular o conflito penal, ao permitir a aproximação entre acusação e defesa. Os procedimentos começaram a ser abreviados pela estrutura da *diversão* processual. Vinte e quatro anos depois, a Lei nº 13.964/19 (*Pacote Anticrime*) ampliou as possibilidades de absorver a pretensão acusatória, de caráter conflitivo, e reduzi-la a acordos penais.

O movimento de consensualidade se fortaleceu no ano de 2013, quando da criação da Lei de combate às organizações criminosas (Lei nº 12.850/13). O presente trabalho tem o objetivo de demonstrar as transformações geradas pela Lei nº 13.964/19 no sistema acusatório brasileiro, com a introdução de modelos negociais, estabelecendo a partir dessa alteração legislativa, os caminhos a serem adotados para otimizar a atuação do Ministério Público no sistema de justiça penal.

Duas alterações importantes ocorreram no âmbito da justiça penal negociada: a introdução de acordos de não persecução penal e as modificações pontuais no procedimento de colaboração premiada. Tais alterações serão objeto de debates no presente artigo, buscando abordar os impactos dessa alteração na atuação do Ministério Público.

2. A nova “dinâmica” do processo penal: consenso, sistema acusatório e a verdade negociada

Ao avaliar o sistema processual penal, Goldschmidt[3] pondera que os atos processuais são estruturas fluídas, dinâmicas, em constante movimento, que geram expectativas e perspectivas aos participantes do processo. O processo não é composto de “relações jurídicas” estáticas, conforme pressupunha Bülow, mas de “situações jurídicas” criadas a partir do aproveitamento das cargas e chances processuais e envolvidas por um complexo de expectativas, possibilidades e ônus.

Esse dinamismo processual adquire novo formato com a inserção de práticas consensuais, que sublinham a discricionariedade e a oportunidade

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

3 GOLDSCHMIDT, James. Problemas jurídicos e políticos do processo penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, pp. 52; 59-60.

para a continuidade da persecução penal. O modelo consensual de justiça criminal é uma proposta de *diversificação* ou *diversão* dos procedimentos penais, cujo intuito é flexibilizar a persecução penal e maximizar as alternativas para a composição dos conflitos penais diversas do sistema acusatório tradicional.

A *diversão* é a opção política criminal para resolução dos processos penais de maneira diversa daquelas ordinariamente adotadas no processo penal, e que consiste na solução antes de qualquer determinação ou de declaração de culpa.

O gênero justiça consensual apresenta quatro espécies: *justiça reparatória*, que prega a conciliação e a reparação dos danos, conforme se vislumbra nos delitos ambientais e nas infrações de competência dos Juizados Especiais Criminais; *justiça restaurativa*, que exige um mediador, distinto do juiz, buscando a aproximação e o encontro entre ofendido e ofensor; *justiça negociada*, a qual realiza acordos de natureza penal e *justiça colaborativa*, uma subespécie da justiça negociada, cuja finalidade é premiar criminosos que colaboram consensualmente com a justiça criminal[4].

A Lei nº 13.964/19 (Pacote Anticrime) procurou concretizar referidos gêneros da justiça consensual, principalmente na vertente negocial e reparatória[5], com a implantação dos acordos de não persecução penal (art. 28-A, CPP), e na vertente colaborativa, ao aperfeiçoar os pactos de colaboração premiada, previstos na Lei nº 12.850/13.

A justiça penal negociada se apresenta como o modelo de justiça hábil para enfrentar a morosidade judicial e viabilizar maior eficiência na resposta ao ilícito penal. O objetivo do modelo consensual é: cumprir as exigências de soluções alternativas no processo penal ao proporcionar celeridade na resolução dos casos de baixa ou média gravidade; privilegiar o recurso financeiro e o material humano do Ministério Público e do Poder Judiciário para processamento e julgamento dos casos mais graves; evitar os efeitos deletérios da sentença penal condenatória aos acusados, como os estigmas sociais prejudiciais gerados pela pena e o avolumamento de pessoas nos estabelecimentos prisionais.

Apesar das evidentes vantagens para implementar a negociação no sistema de justiça criminal, há um esforço hercúleo para compatibilizar a eficiên-

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

4 GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. Organizações criminosas e técnicas especiais de investigação: questões controvertidas, aspectos teóricos e práticos e análise da Lei 12.850/2013. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 218.

5 Não se descarta a aplicação da justiça restaurativa. A recomendação, aliás, tem sido para que ela seja aplicada sempre que possível. Conforme a I Jornada de Direito e Processo Penal do Conselho de Justiça Federal, o Enunciado 28: “Recomenda-se a realização de práticas restaurativas nos acordos de não persecução penal, observada a principiologia das Resoluções n. 225 do CNJ e 118/04 do CNMP”.

cia utilitária dos pactos consensuais com as garantias processuais inerentes ao sistema acusatório. É imprescindível "reafirmar que a ideia de administração de justiça é algo maior que uma análise de custos e benefícios"[6], pois o processo é um ambiente de tutela das liberdades públicas fundamentais.

O processo penal centra-se em três vetores: *garantia, funcionalidade e eficiência.* A integração político-criminal das formas de diversificação processual "reside na possiblidade de conciliar ao mesmo tempo as necessidades de *garantia* do cidadão com as não menos necessárias *funcionalidade* e *eficiência* do Sistema Punitivo total"[7]. Um sistema de justiça eficiente é aquele que consegue racionalizar e otimizar os meios e os fins processuais[8] e, concomitantemente, produzir resultados jurídicos (eficácia) com fundamento nos direitos fundamentais inerentes ao sistema acusatório.

Oportuno destacar que o sistema acusatório, cuja matriz é a *civil law* (origem romano-germânica), remete à organização do processo com a separação de funções de acusar, defender e julgar, estabelecendo uma contraposição ao inquisitório, no qual o processo se desenvolve entre o acusador e o inquisidor, a quem compete acusar, defender e julgar. A Lei 13.964/19, ao estabelecer o *Juiz das Garantias*, ressaltou que o processo penal brasileiro adotou a estrutura acusatória, vedando a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação (art. 3ª-A, CPP).

Contudo, o sistema acusatório não pode ser confundido com o sistema adversarial, cuja matriz é a *common law* (origem anglo-americano), caracterizado pela predominância das partes na determinação da marcha do processo e na produção das provas. O processo se transforma numa batalha equilibrada entre acusação e defesa, ficando o juiz na qualidade de espectador passivo. O sistema adversarial se baseia nos princípios do *rule of law* e do *fair trail*, dando ênfase aos valores de justiça processual e equidade no processo[9]. A busca da verdade, com a efetiva produção probatória, e a estrita legalidade procedimental, com a aplicação das garantias processuais, são deixadas para fase do *Grand Jury* (acusação formal formulada), caso as negociações para admissão

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

6 RODRÍGUES GARCÍA, Nicolás. Aproximación al estúdio de la Justicia penal negociada de los EE.UU: The plea bargaining process. Revista Espanõla de Estudios Norteamericanos, n. 9, 1995, p. 103.

7 FERNANDES, Fernando Andrade. O processo penal como instrumento de política criminal. Coimbra: Almedina, 2001, p. 829.

8 SANTIN, Valter Foleto. Controle judicial da segurança pública: eficiência do serviço na prevenção e repressão ao crime. 2 ed. São Paulo: Verbatim, 2013, pp. 88-89.

9 NARDELLI, Marcella Alves Mascarenhas. A expansão da justiça negociada e as perspectivas para o processo justo: a plea bargaining norte-americana e suas traduções no âmbito da civil law. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP, Rio De janeiro, Vol. 14, ano 8, jul./dez. 2014, pp. 335-336.

da culpa restem infrutíferas (*guilty plea*).

O sistema adversarial anglo-americano permite uma maior absorção das práticas consensuais, amoldando-se com maior facilidade à estrutura acusatória. É um sistema que privilegia a "sentença do que a evidência"[10], ou seja, uma política criminal e processual que prioriza a *oportunidade* de acordo em detrimento da *legalidade* formal do procedimento. O mecanismo da barganha (*plea bargaining*) se mostra um atrativo nos sistemas de justiça marcados pela morosidade, o que justifica seu expansionismo para os países adotantes da *civil law*.

Allegra McLeod[11] afirma que, após a Guerra Fria, houve uma expansão do modelo de justiça criminal norte-americano pelo mundo, em especial, uma "revolução do processo penal na América Latina". A dificuldade de importação da justiça criminal dos EUA é que os países estrangeiros desconsideram a complexa inter-relação existente entre as desigualdades de desenvolvimento dos países, desigualdade social e a administração do sistema de justiça criminal.

Além disso, há um excesso de confiança em atalhos processuais e, em particular, na negociação de confissão de culpa por meio do *plea bargaining,* porque um exercício pleno dos direitos de julgamento pelo *Grand Jury* seria extremamente ineficiente. Note-se que a concepção de eficiência, na construção de processo penal pós-moderno, leva em consideração os valores da sociedade capitalista pós-industrial (*homo economicus*[12]).

Apesar dos desafios para compatibilização da eficiência do procedimento e da economia das atividades processuais (*economia processual*) com as garantias processuais, a justiça penal negociada é uma realidade brasileira. O modelo consensual gera uma reconfiguração do ônus da prova e da busca da verdade real: os sistemas orientados pela legalidade e obrigatoriedade são regidos pela busca da verdade material e da maximização probatória próxima da realidade, o que colide com os critérios da oportunidade e do consenso, os quais buscam essencialmente a efetividade através da sumarização do proce-

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

10 FERNANDEZ ENTRALGO, Jesus. Justicia a cien por hora. El principio de consenso em el procedimiento abreviado. La Ley, n. 3, 1991, p. 1065.

11 MCLEOD, Allegra M. Exporting U.S. Criminal Justice. Yale Law & Policy Review, n. 29, 2010, pp. 85-91; 118.

12 A eficácia do aparato judicial parece medir-se mais por sua produtividade, entendida em função da conviction rate (taxas de condenações proferidas), do que a qualidade de suas decisões ou capacidade de proporcionar respostas eficazes aos conflitos de interesses postos aos órgãos jurisdicionais (FERNANDEZ ENTRALGO, Jesus. Justicia a cien por hora. El principio de consenso em el procedimiento abreviado. La Ley, n. 3, 1991, p. 1064).

dimento[13].

A concepção da *verdade negocial* dirime, ainda que parcialmente, a incerteza a ser resolvida em sede de decisão final, já que as provas produzidas no processo dependem da contingência e de inúmeros fatores processuais. Toda decisão judicial adstrita à valoração de provas e condicionada à convicção de um julgador carrega o risco da injustiça. Para o conceito consensualista de verdade, caberia às partes, através da alegação e da contestação ou da não-contestação dos fatos, o poder de determinar o que deve ou não ser tido como verdadeiro para fins decisórios[14].

3. As duas vertentes do consenso na justiça penal negociada e as contribuições da Lei do Pacote Anticrime

A Lei nº 13.964/19 promoveu uma intensa expansão das práticas consensuais no processo penal, demonstrando a preocupação do Poder Legislativo na regularização da justiça negociada no sistema penal brasileiro. Duas frentes se destacam: a inserção da possibilidade de acordo de não persecução penal (ANPP) e atualizações pontuais no procedimento de colaboração premiada.

Apesar de o acordo de não persecução penal e a colaboração premiada serem formas de aplicação da justiça negociada, eles se diferenciam na finalidade do consenso utilizado em cada instituto. Os ANPPs são acordos estabelecidos entre a acusação e o investigado confessor, com o intuito de que haja o encerramento do processo criminal. É a mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal, com a imposição de determinados requisitos e condições para sua incidência[15].

O acordo de não persecução penal segue a vertente do *nolo contedere,* isto é, o manuseio da consensualidade e da negociação da pena para evitar a contenda, impedindo que o acusado conteste combativamente os fatos alegados. Cumprido o pacto, extingue-se a punibilidade. O referido acordo é uma extensão dos institutos despenalizadores elencados pela Lei nº 9.099/95 (Juizados Especiais Criminais), tais como a transação penal e a suspensão condi-

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

13 MANDARINO, Renan Posella. Limites probatórios da delação premiada frente à verdade no processo penal. In: Aspectos penais controversos da colaboração premiada: monografias vencedoras 2016 – IASP/CIEE – Esther Figueiredo Ferras. São Paulo: Editora IASP, 2016, p. 272.

14 TARUFFO, Michele. Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos. Tradução Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2016, pp. 146; 148; 153.

15 SOARES, Rafael J.; BORRI, Luiz A.; BATTINI, Lucas A. Breves considerações sobre o acordo de não persecução penal. Revista do Instituto de Ciências Penais, Belo Horizonte, v. 5, dez./mai. 2020, p. 215.

cional do processo.

O escopo é suprimir a formalização do procedimento acusatório e promover a composição conflitiva penal. Oportuno salientar, contudo, que há uma sutil diferença com os institutos despenalizadores da Lei nº 9.099/95: o acordo de não persecução penal exige a confissão formal e circunstancial do delito pelo investigado, conforme previsto no artigo 28-A do CPP.

Em outra frente da consensualidade no processo penal está a colaboração premiada. É um instituto pautado pela aceitação de ambas as partes (Ministério Público e investigado, acusado ou condenado) para celebração de um acordo de colaboração processual com o afastamento do imputado de sua posição de resistência; porém, a finalidade é colher informações probatórias e a incriminação de terceiros, além de recuperar valores oriundos do crime e a localização da vítima. É um negócio jurídico processual que visa à obtenção de provas, amoldando-se a uma técnica investigativa, conforme artigos 3º e 3º-A, da Lei nº 12.850/13.

Enquanto o acordo de não persecução penal pressupõe apenas a assunção da própria culpabilidade (confissão formal) e a imediata sanção ao acusado, com o intuito de abreviar o rito e evitar o prosseguimento da ação penal, a colaboração premiada é um acordo em que o juiz concede redução ou substituição da pena privativa de liberdade ou, ainda, o perdão judicial, e como contrapartida, fornece efetiva e voluntariamente informações probatórias para continuidade das investigações.

Destaque-se que os propósitos são distintos. A colaboração premiada é uma técnica investigativa destinada a amealhar elementos de informação (busca da verdade) e ampliar a quantidade e a qualidade de provas processuais. Assim, ela está voltada para a *continuidade da atividade processual*. É também uma ferramenta de flexibilização da justiça. Não no sentido linear de sedimentação do conflito penal entre autor e vítima, mas em direção à simplificação da complexidade da investigação e da prova penal.

Pontua-se que, apesar de não constar expressamente a necessidade de confissão formal, como no dispositivo relativo ao acordo de não persecução penal, uma leitura atenta do artigo 3º-C, §3º, da Lei nº 12.850/13 permite concluir pela imprescindibilidade da confissão nos pactos colaborativos. Prescreve o referido dispositivo que “no acordo de colaboração premiada, o colaborador deve narrar todos os fatos ilícitos para os quais concorreu e que tenham relação direta com os fatos investigados”. Reitere-se que essa foi uma alteração pontual da Lei nº 13.964/19.

Em que pese essa diferenciação de perspectivas da justiça penal negociada, o acordo de não persecução penal foi a grande novidade das práticas consensuais trazida pelo pacote anticrime. *O artigo 18 das Resoluções 181/2017 e 183/2018 do Conselho Nacional do Ministério Público já previam*

a possibilidade de aplicação do instituto, porém, o status de lei ordinário sobreveio com o Pacote Anticrime.

O artigo 28-A do CPP apresenta os requisitos para concessão do acordo: a) não se tratar de caso de arquivamento, ou seja, deve existir justa causa para a ação penal; b) tratar-se de infração penal cometida sem violência ou grave ameaça; c) tratar-se de infração com pena mínima inferior a 4 anos; d) existência de confissão formal e circunstanciada da prática da infração penal; e) acordo mostrar-se necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime.

Em relação à natureza da infração penal (contravenção ou crime) sem violência ou grave ameaça, oportuno esclarecer que ela deve ter sido praticada imbuída de dolo. Admite-se a celebração do acordo na hipótese de eventual crime culposo com resultado violento, pois a conduta típica consiste na violação de um dever de cuidado objetivo, cujo resultado é involuntário e não desejado pelo agente. Essa, aliás, é a posição do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos (CNPG) e do Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal (GNCCRIM)[16].

Para aferição da pena mínima inferior a 4 anos, o §1º do artigo 28-A afirma que serão consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto, na linha do disposto nos enunciados sumulados nº 243 e 723, respectivamente, do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal[17]. Em síntese, depreende-se de mencionadas súmulas que caso haja soma de penas ou cargas redutores ou exasperantes em limites variáveis, deve-se tomar como parâmetro, respectivamente, a maior diminuição e o menor aumento, uma vez que o parâmetro é o piso punitivo.

A imprescindibilidade da confissão para a consecução do acordo é fruto de intenso debate, principalmente em relação à extensão dessa confissão. Dois pontos se destacam. Primeiro, insta esclarecer que a confissão prestada ao Ministério Público durante o acordo independe da negativa de confissão realizada no interrogatório inquisitivo, realizado perante a autoridade policial. O artigo 28-A, §3º, do CPP estabelece que o acordo será escrito e firmado entre Ministério Público, investigado e defensor, de maneira que a possibilidade autorizada ao juiz de homologar em audiência o acordo restringe-se ao contato com o investigado para fins de voluntariedade e legalidade (artigo 28-A, §§ 4º

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

16 CNPG e GNCCRIM, Enunciado 23: É cabível o acordo de não persecução penal nos crimes culposos com resultado violento, uma vez que nos delitos desta natureza a conduta consiste na violação de um dever de cuidado objetivo por negligência, imperícia ou imprudência, cujo resultado é involuntário, não desejado e nem aceito pelo agente, apesar de previsível.

17 CNPG e GNCCRIM, Enunciado 29: Para aferição da pena mínima cominada ao delito a que se refere o art. 28-A, serão consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto, na linha do que dispõe os enunciados sumulados n. 243 e n. 723, respectivamente, do Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal.

a 6º, CPP)[18].

Assim, a confissão pode ocorrer tanto na oportunidade do ANPP como no decorrer das investigações, de maneira que "a inexistência de confissão do investigado antes da formação da *opinio delicti* do Ministério Público não pode ser interpretada como desinteresse em entabular eventual acordo de não persecução penal"[19].

O segundo ponto refere-se à extensão da confissão e a sua utilização em caso de descumprimento do acordo de não persecução penal. A confissão extrajudicial, conforme Superior Corte, não possui valor probatório, podendo ser utilizada apenas para aplicação da atenuante[20]. Somente após a judicialização da confissão é que se poderia utilizá-la como meio de prova, visto que, aquele que confessasse o crime na investigação e depois fosse processado, não teria sua palavra contra si na etapa judicial.

A confissão formalizada no ANPP representa uma formalidade para fins de concretização do pacto, não podendo ser empregada para eventuais fins probatórios. A natureza do acordo é de *nolo contendere,* de maneira que o objetivo da confissão é meramente processual. *"Apesar de pressupor sua confissão, não há reconhecimento expresso de culpa pelo investigado. Há, se tanto, uma admissão implícita de culpa, de índole puramente moral, sem repercussão jurídica. A culpa, para ser efetivamente reconhecida, demanda o devido processo legal"[21].*

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

18 A Associação Nacional dos membros do Ministério Público impugnou o artigo 28-A, §5º, 7º e 8º, CPP, afirmando que violam o sistema acusatório, a independência funcional do membro do Ministério Público e a própria imparcialidade objetiva do Magistrado, já que os referidos dispositivos estabelecem o controle inadequado do acordo por parte do juiz, ao possibilitar analisar as abusividades ou insuficiências das condições e devolver ao órgão acusatório. Ao analisar a temática, o STF, em caráter liminar, não observou incompatibilidades com os princípios do sistema acusatório, afirmando tratar-se de medida que prestigia os "freios e contrapesos" no processo penal (STF. Medida Cautelar na ADIN 6.298/DF, Rel. Luiz Fux, DJ 22/01/2020). Apesar da decisão, o Enunciado 24 do CNPG e GNCCRIM reforça o posicionamento ministerial: A homologação do acordo de não persecução penal, a ser realizada pelo juiz competente, é ato judicial de natureza declaratória, cujo conteúdo analisará apenas a voluntariedade e a legalidade da medida, não cabendo ao magistrado proceder a um juízo quanto ao mérito/conteúdo do acordo, sob pena de afronta ao princípio da imparcialidade, atributo que lhe é indispensável no sistema acusatório.

19 Enunciado 3, do Conselho da Justiça Federal – I Jornada de Direito e Processo Penal.

20 "(...). Se a confissão do agente é utilizada pelo magistrado como fundamento para embasar a condenação, a atenuante prevista no art. 65, inciso III, alínea "d", do CP deve ser aplicada em favor do réu, não importando que, em juízo, ele tenha se retratado (voltado atrás) e negado o crime" (STJ. HC 176.405/RO, Rel. Min. Jorge Mussi, 5ª Turma, j. 23/04/2013, DJe 03/05/2013).

21 CUNHA, Rogério S. Pacote Anticrime – Lei 13.964/2019: Comentários às Alterações no CP, CPP e LEP. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 129.

Apesar disso, em caso de descumprimento do acordo, a orientação do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos (CNPG) e do Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal (GNCCRIM), conforme estabelecido no *Enunciado 27* é que "havendo descumprimento dos termos do acordo, a denúncia a ser oferecida poderá utilizar como suporte probatório a confissão formal e circunstanciada do investigado (prestada voluntariamente na celebração do acordo)".

Em que pesem tais argumentos, oportuno destacar que, num exercício de reflexão comparativa, no regime da colaboração premiada, em caso de retratação da proposta, as provas incriminatórias não poderão ser utilizadas contra o colaborador (artigo 4º, §10, Lei nº 12.850/13).

O último requisito defere uma alta carga de discricionariedade ao Ministério Público, ao afirmar a possiblidade de o membro ministerial avaliar a necessidade e suficiência para a reprovação e prevenção do crime no caso concreto. À semelhança do que ocorreu quando da entrada em vigência da Lei 9.099/95, surge a controvérsia se o ANP é um direito subjetivo do acusado ou mera *discricionariedade* do Ministério Público.

A Lei 13.964/19 deixa claro que o magistrado poderá avaliar a legalidade e proporcionalidade do pacto, inclusive, franqueando-lhe a possibilidade de recusar a homologação, consoante artigo 28-A, §§ 4º ao 7º, CPP. Contudo, é possível uma exegese conjunta do §§ 10 e 14 e *caput* do referido dispositivo no sentido de que não se trata de direito subjetivo do acusado, mas de *discricionariedade ou oportunidade regrada,* porquanto cabe somente ao Ministério Público celebrar a o acordo se preenchidos todos os requisitos legais.

É um poder-dever exclusivo no órgão ministerial, que deve se atentar aos requisitos legais para proceder com a negociação, mas que também possui condição subjetiva e causa aberta de controle para negar a formular a proposta ao investigado. Obviamente que a negativa deve ser fundamentada diante do contexto e da criminalidade objeto das investigações.

Sobre o assunto, o *Enunciado 19,* do CNPG e GNCCRIM apresenta o seguinte teor: "O acordo de não persecução penal é faculdade do Ministério Público, que avaliará, inclusive em última análise (§14), se o instrumento é necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime no caso concreto".

A *I Jornada de Direito e Processo Penal do Conselho de Justiça Federal,* com o *Enunciado 32:* "a proposta de acordo de não persecução penal representa um poder-descer do Ministério Público, com exclusividade, desde que cumpridos os requisitos do artigo 28-A do CPP, cuja recusa deve ser fundamentada, para propiciar o controle previsto no §14 do mesmo artigo".

Apresentado o cenário da consensualidade, que aos poucos se alarga no sistema de justiça penal brasileiro, cumpre traçar um paralelo com os principais entraves existentes no *plea bargaining* norte-americano. O intuito é de-

monstrar os percalços que o *prosecutor* (membro do Ministério Público) se depara na efetivação do *plea bargainig*, traçando um paralelo com a realidade brasileira.

4. A atuação do Ministério Público diante da justiça penal negociada e as influências do *plea bargaining*

A estrutura acusatória vem sofrendo substanciais mutações com a propagação da justiça penal negociada. Há uma restruturação do modelo acusatório, atuando principalmente na órbita da desformalização procedimental. O intuito é provocar a desverticalização das relações processuais, promovendo a aproximação entre o acusado e o Ministério Público.

Desponta-se uma incapacidade do Estado gerir a alta quantidade de demandas da criminalidade atual, de maneira que a participação efetiva entre acusador e acusado no deslinde do conflito, com viés de se atentar para a inclusão da vítima no processo penal, se apresenta como um caminho legítimo.

O predomínio norte-americano do sistema de *plea bargaining*, no formato do *guilty plea*, é uma tendência que vem se ramificando também no sistema brasileiro. Tanto que se antes a possibilidade de acordo entre acusação e defesa se limitava às infrações de menor potencial ofensivo (baixa gravidade), hoje é possível aplicar também nas situações de média gravidade, conforme analisado com o instituto do acordo de não persecução penal.

O *guilty plea* se resume a uma negociação entre a acusação e a defesa, na qual o *prosecutor*, em troca de concordância do réu em reconhecer-se culpado, lhe oferece vantagens como a promessa de não formalizar a acusação por outra infração ou de pleitear a aplicação de pena mais branda.

O *guilty plea* pode ser aplicado de três formas distintas: a) *voluntary* ou *ininfluenced*: o acusado confessa porque sua culpabilidade é demasiadamente evidente ou para silenciar sua consciência culpada, de maneira que o acusado não vislumbra a mínima possibilidade de negar sua culpa; b) *Structually induced*: o acusado se declara culpado porque a lei estabelece uma pena mais severa caso deseje insistir em ir a julgamento ou porque é geralmente conhecido que os juízes impõem penas mais benigna àqueles que renunciam seu direito ao julgamento. Essa modalidade é conhecida também como *implicit or tacit plea bragaining,* pois o acusado possui uma razoável expectativa de obter um acordo favorável; c) *Negotiated*: é aquela obtida antes do julgamento e depois de uma negociação entre o *presecutor* e o *defendant* sobre qual o delito e a pena que deverão ser impostos[22].

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

22 RODRÍGUES GARCÍA, Nicolás. Aproximación al estúdio de la Justicia penal negociada de los EE.UU: The plea bargaining process. Revista Espanõla de Estudios Nor-

O âmbito de negociação no *plea bargaining* é mais amplo que o sistema brasileiro, o que se justifica em razão da historicidade do instituto na jurisdição norte-americana e anglo saxônica. Contudo, o *plea bargaining* é alvo de críticas, as quais podem servir de reflexão para a atuação do Ministério Público.

A primeira crítica que se aponta é o descuidado com determinação da voluntariedade da declaração do acusado, em razão dos reiterados casos de *confissão involuntária.* Lauren Morehouse relata situações de nulidade das declarações, posto que os acusados forneceram confissões falsas, "alterando suas confissões para acomodar os detalhes fornecidos pela polícia"[23]. A situação se agrava ainda mais porque, em alguns Estados norte-americanos, existe a possibilidade de pena de morte, o que potencializa a ameaça e a incidência de confissões involuntárias.

Falsas confissões podem levar a convicções errôneas. A maioria dos interrogatórios policiais é projetada para obter informações incriminatórias dos suspeitos. Os departamentos de polícia norte-americanos desenvolveram táticas que incluem influência psicológica, persuasão, engano e coerção. O peso probatório de uma confissão perante o julgamento do júri é muito grande: "os júris irão condenar com base apenas na confissão, mesmo quando nenhuma evidência significativa ou credível confirme a confissão contestada e evidências consideráveis significativas e credíveis a refutem"[24]. As ameaças e as promessas de acordo de barganha influenciam a tomada de decisão no interrogatório.

Nesse sentido, parece acertada a legislação brasileira quando confere autonomia ao Ministério Público para aquilatar a confissão, o que condiciona um filtro de legalidade relevante caso possa existir alguma confissão extrajudicial errônea em sede policial. Além disso, saliente-se a importância de separar a confissão formal dos acordos de não persecução penal do conteúdo probatório inerente à confissão judicial, sendo fundamental eventual judicialização da confissão caso o acordo seja descumprido. No que tange à colaboração premiada, a judicialização da prova é indispensável, devendo o colaborador ser ouvido em juízo (artigo 4º, §12, Lei nº 12.850/13).

A segunda crítica diz respeito aos casos de fragilidade probatória para

---

teamericanos, n. 9, 1995, pp. 94-95.

23 MOREHOUSE, Lauren. Confess or die: why threatening a suspect with the death penalty should render confessions involuntary. American Criminal Law Review, v. 56 (2), 2019, p. 531.

24 MOREHOUSE, Lauren. Confess or die: why threatening a suspect with the death penalty should render confessions involuntary. American Criminal Law Review, v. 56 (2), 2019, p. 534.

a acusação ou naqueles em que a defesa não se apresenta aberta a negociar, momento em que o promotor precisa ser mais incisivo na barganha para obter o acordo. Em razão disso, surgem algumas práticas censuráveis de constrangimento e ameaça de "sobreimputação" (*overcharging*), que intensifica a sobrecarga de imputação com pluralidade de condutas (horizontal overcharging) ou com a elevação do *quantum* da pena pretendida (*vertical overcharging*).

Referida crítica sublinha a importância da legalidade para fornecer parâmetros à negociação. O ordenamento jurídico brasileiro estabeleceu a obrigatoriedade de observação de uma pena máxima, seja nos institutos despenalizadores da Lei dos Juizados Especiais Criminais, seja nos acordos de não persecução penal do Código de Processo Penal. Os acordos de colaboração premiada, apesar de não prever uma pena objetiva, aponta a necessidade de persecução de resultados: identificação de coautores, revelação da estrutura hierárquica, recuperação dos produtos provenientes do delito, etc.

Tais regramentos, ajustados no contexto das garantias constitucionais, reduzem a chance de produção de *overcharging* e destacam que a discricionariedade do membro ministerial deve ser conduzida pela legalidade.

Contra esses blefes e ameaças, surge o *disclousure* ou *discovery*, consistente num mecanismo que possibilita às partes o acesso ao material probatório que esteja sob o domínio da parte contrária antes do julgamento, sob o entendimento de que tal colaboração promove a paridade de armas e contribui para a busca da verdade. O objetivo é evitar surpresas indesejadas[25].

A Lei nº 13.964/19 trouxe uma nova dinâmica à atuação do Ministério Público, orientando-os a uma conduta ativa e consolidando a atuação de defesa da ordem jurídica e do regime democrático numa vertente mais autônoma e independente. Na realidade, o membro do Ministério Público não é mais um sujeito passivo da formalidade processual, que aguarda o deslinde da investigação e participa da instrução processual. O *prosecutor* é um agente "regulador", diante da expansão das leis criminais e das realidades práticas da negociação de penas. "os promotores estão resolvendo investigações criminais por meio de medidas corretivas que mais se assemelham a *regulamentação* do que *punição*"[26].

Apesar dos perigos existentes nos excessos inerentes à negociação, o critério da consensualidade permite uma maior abertura para a perspectiva da punição. O Ministério Público vem se realinhando às novas formatações

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

25 CLARKE, Emily. Entiling the accused to exculpatory evidence: why prosecutors shoukd have to disclose during plea bargaining. American Criminal Law Review, v. 56, 2019, p. 65.

26 GILCHRIST, Gregory M. Regulation by prosecutor. American Criminal Law Review, v. 56 (2), 2019, p. 315.

corretivas do sistema processual, o que denota um avanço para as reformas necessárias na justiça penal.

5. Conclusões

O sistema acusatório brasileiro sofreu intensas transformações com a Lei nº 13.964/19. Houve uma expansão das práticas consensuais, no sentido de abreviar o procedimento penal, com as formas de diversão processual. O sistema acusatório restringiu o prosseguimento da ação penal para os crimes de alta complexidade e gravidade, intensificando a aplicação da justiça penal negociada na composição do conflito.

Destaque-se que a justiça penal negociada opera em duas vertentes: uma frente diz respeito aos acordos de não persecução penal, cuja finalidade é imposição de condições de cunho reparatório ou sancionatório e a contraprestação é a confissão formal do agente, gerando a consequente extinção da punibilidade. O objetivo é evitar o prosseguimento da ação penal (*nolo contendere*). Em outra frente estão os acordos de colaboração premiada, cujo objetivo é colher mais informações e dar celeridade à produção de provas. Nesse ambiente, insere-se a busca pela verdade negociada, que visa a otimizar a produção de provas e a potencializar a qualidade das informações.

A atuação do Ministério Público deve estar respaldada na legalidade e com observância à autonomia e à independência do membro ministerial para realização dos acordos. O Ministério Público adquiriu uma "nova roupagem" na estrutura do processo penal, exercendo um papel significativo na correção e na regulação da conduta do agente e afastando-se da asséptica função de formalizar a punição. Assim, ainda que com críticas, o Pacote Anticrime cumpre sua função de, ao menos, aproximar acusador e acusado nos caminhos para resolução do conflito penal. O modelo negocial permite uma atuação reguladora por parte da acusação, flexibilizando as respostas a serem dadas ao conflito penal e substituindo o antigo sistema de formalização processual e punição.

6. Referências

BRASIL. Comissão Especial – Conselho Nacional dos Procuradores Gerais dos Ministérios Públicos do Estado e da União (CNPG) e Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal (GNCCRIM). Enunciados interpretativos da Lei nº 13.964/2019 Lei Anticrime. Disponível em: <https://www.cnpg.org.br/images/arquivos/gndh/documentos/enunciados/GNCCRIM_Enunciados.pdf>. Acesso em 23 ago. 2020.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal – I Jornada de Direito e Processo Penal.

14 ago. 2020. Enunciados aprovados em plenária. Disponível em: < https://www.cjf.jus.br/cjf/noticias/2020/08-agosto/i-jornada-de-direito-e-processo--penal-aprova-32-enunciados>. Acesso em 23 ago. 2020.

CLARKE, Emily. Entiling the accused to exculpatory evidence: why prosecutors shoukd have to disclose during plea bargaining. American Criminal Law Review, v. 56, pp. 65-70, 2019.

CUNHA, Rogério S. Pacote Anticrime – Lei 13.964/2019: Comentários às Alterações no CP, CPP e LEP. Salvador: JusPodivm, 2020.

DIEGO DIEZ, Luis Alfredo. El control judicial sobre la conformidade del acusado. Poder Judicial, n. 23, pp. 33-47, 1991.

FERNANDES, Fernando Andrade. O processo penal como instrumento de política criminal. Coimbra: Almedina, 2001.

FERNANDEZ ENTRALGO, Jesus. Justicia a cien por hora. El principio de consenso em el procedimiento abreviado. La Ley, n. 3, pp. 1048-1065, 1991.

GILCHRIST, Gregory M. Regulation by prosecutor. American Criminal Law Review, v. 56 (2), pp. 315-355, 2019.

GOLDSCHMIDT, James. Problemas jurídicos e políticos do processo penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. Organizações criminosas e técnicas especiais de investigação: questões controvertidas, aspectos teóricos e práticos e análise da Lei 12.850/2013. Salvador: JusPodivm, 2015.

MANDARINO, Renan Posella. Limites probatórios da delação premiada frente à verdade no processo penal. In: Aspectos penais controversos da colaboração premiada: monografias vencedoras 2016 – IASP/CIEE – Esther Figueiredo Ferras. São Paulo: Editora IASP, 2016.

NARDELLI, Marcella Alves Mascarenhas. A expansão da justiça negociada e as perspectivas para o processo justo: a plea bargaining norte-americana e suas traduções no âmbito da civil law. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP, Rio De janeiro, Vol. 14, ano 8, pp. 331-365, jul./dez. 2014.

MCLEOD, Allegra M. Exporting U.S. Criminal Justice. Yale Law & Policy Review,

n. 29, pp. 83-164, 2010.

MOREHOUSE, Lauren. Confess or die: why threatening a suspect with the death penalty should render confessions involuntary. American Criminal Law Review, v. 56 (2), pp. 531-545, 2019.

RODRÍGUES GARCÍA, Nicolás. Aproximación al estúdio de la Justicia penal negociada de los EE.UU: The plea bargaining process. Revista Espanõla de Estudios Norteamericanos, n. 9, pp. 90-107, 1995.

SANTIN, Valter Foleto. Controle judicial da segurança pública: eficiência do serviço na prevenção e repressão ao crime. 2 ed. São Paulo: Verbatim, 2013.

SOARES, Rafael J.; BORRI, Luiz A.; BATTINI, Lucas A. Breves considerações sobre o acordo de não persecução penal. Revista do Instituto de Ciências Penais, Belo Horizonte, v. 5, pp. 213-231, dez./mai. 2020.

SAAVEDRA GALLO, Pablo. El reconocimiento de hechos en el proceso penal abreviado. VV.AA., La Reforma del Proceso Penal – II Congreso de Derecho Procesal de Castilha y León, Madrid, pp. 869-877, 1990.

TARUFFO, Michele. Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos. Tradução Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2016.

Data do artigo: 27/08/2020.

ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CÍVEL NA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Renato de Lima Castro[1]

SUMÁRIO

Introdução

A lei n.º 13.964, sancionada no dia 24 de dezembro de 2019 (pacote anticrime), trouxe inúmeras alterações na legislação brasileira. Embora algumas disposições tenham sido, de fato, importantes para o combate à criminalidade, é certo que o então projeto proposto pelo Ministro da Justiça sofreu significativas alterações que desnaturaram os propósitos originalmente almejados.

Não é este, todavia, o momento em que serão abordadas referidas alterações. Busca-se neste artigo analisar, exclusivamente, as mudanças promovidas pelo pacote anticrime na Lei de Improbidade Administrativa (lei nº 8429/92), especificamente quanto a admissão do acordo de não persecução cível.

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

1 Mestre em Direito pela UEM, pós-graduado em Direito Penal Econômico e Europeu, Universidade de Coimbra, e Promotor de Justiça.

Assim, o pacote anticrime, ao tempo em que revogou o parágrafo primeiro do art. 17 da mencionada Lei de Improbidade Administrativa, que vedava a transação, acordo ou conciliação nas ações previstas nesta lei especial, admitiu o acordo de não persecução cível, nos termos desta lei.[2]

Vale observar que as disposições legais que implementariam as situações legitimadoras do acordo de não persecução cível foram vetadas pela Presidência da República, cujo veto foi mantido pelo Congresso Nacional.

Portanto, a significativa alteração de postulados fundamentais até então concebidos pela Lei de Improbidade Administrativa, correspondente à não aceitação de qualquer transação, acordo ou conciliação em razão da indisponibilidade do direito resguardado por este ramo do direito administrativo sancionador foi apenas parcialmente regulado pelo Pacote Anticrime, já que, de um lado, previu o instituto da não persecução cível; e, por outro, não estabeleceu seus pressupostos de atuação, tal como ocorreu no acordo de não persecução penal, nos termos do art. 28-A, do Código de Processo Penal.

Nesse viés, será necessário verificar se a ausência da previsão dos pressupostos de admissão do acordo de não persecução civil na Lei de Improbidade Administrativa inviabiliza a adoção do instituto. E, com a possibilidade de sua utilização, delinear as normas que o orientam, com seus contornos e limites de aplicação.

Pretende-se, também, averiguar quais são os elementos do acordo de não persecução cível, conceito, natureza jurídica, alcance e limites, a partir dos princípios fundamentais que gravitam no microssistema do direito administrativo sancionador. Deve-se, outrossim, divisar institutos como acordo de não persecução cível e compromisso de ajuste de conduta, com seus respectivos objetos e pressupostos.

Visa-se, por derradeiro e de *lege ferenda*, a apontar alguns referencias para aplicação do acordo de não persecução na improbidade administrativa, quer porque se trata de instituto recente e, por isso, comporta acurado exame, quer para identificar pressupostos de estabelecimento, ou, ainda, para demarcar os limites de atuação dos órgãos acometidos do poder-dever institucional de coibir atos de improbidade administrativa.

Para cumprir esse propósito, existem diversos problemas que devem ser objeto de reflexão, quais sejam indagar se o acordo de não persecução civil por um colegitimado, vincula outros que também detenham legitimidade; se o referido acordo trata-se de um ato administrativo vinculado ou discricionário,

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

2 Sobre uma ótima reflexão acerca de soluções consensuais de conflito, vide “Solução Extrajudicial de Conflitos na Proteção do Patrimônio Público e da Probidade Administrativa”, de autoria de Cláudio Smirne Diniz e Eduardo Cambi, publicado em Revista dos Tribunais, vol. 994/2018, p. 49 – 69, Ago / 2018.

bem como se o eventual cumprimento de seus requisitos gera direito subjetivo à sua obtenção; verificar se há plena liberdade de proposição de quaisquer das espécies de sanção decorrentes do ato ímprobo ou se algumas delas apenas podem ser impostas com o transcurso do devido processo legal, sucedido de uma condenação transitada em julgado.

Também se tem como problema quanto ao momento de proposição do acordo de não persecução na esfera da improbidade administrativa, bem assim se há ou não irrenunciabilidade de direitos fundamentais quando da aceitação de qualquer espécie de sanção decorrente do ato de improbidade administrativa.

Realiza-se, outrossim, breve abordagem acerca dos limites eventualmente impostos ao proponente do acordo de não persecução na proposição das espécies de sanções advindas da prática do ato de improbidade administrativa.

Por derradeiro, apresenta-se algumas aproximações e distinções entre o acordo de não persecução civil e a colaboração premiada no âmbito da improbidade administrativa.

Ao fim, as principais conclusões extraídas do estudo proposto são explicitadas.

1. Aspectos gerais do acordo de não persecução cível

O acordo de não persecução cível estabelecido pelo Pacote Anticrime, com a inserção do art. 17, § 1º da Lei n.º 8429/1992, consiste na possibilidade do legitimado à proposição da ação civil pública pela prática de ato de improbidade administrativa realizar um negócio jurídico com o autor do fato ímprobo, na fase da investigação ou mesmo após a formulação da pretensão acusatória (antes ou após o recebimento da petição inicial), destinado a imposição de uma ou algumas sanções previstas no art. 12 da Lei de Improbidade Administrativa. Em contrapartida, o autor do fato ímprobo não se submete ao processo, evitando todos os ônus dele advindos, entre os quais honorários de advogado, medidas assecuratórias patrimoniais, procrastinação do processo em decorrência da morosidade da justiça.

Reputa-se necessário, entretanto, o estabelecimento de determinados critérios objetivos, que se caracterizam em verdadeiras barreiras de contenção doutrinária, destinadas à proba e eficiente utilização do instituto da não persecução civil, já que sua finalidade precípua deve ser o aprimoramento de mecanismos para fortalecer a proteção dos bens jurídicos resguardados pela Lei de Improbidade Administrativa.

Apontada estas breves considerações iniciais, há que se estabelecer algumas distinções conceituais do acordo de não persecução cível, compromis-

so de ajuste de conduta, colaboração premiada na improbidade administrativa e acordo de leniência.

Nesse cenário, como o Pacote anticrime alterou o art. 17, § 1º da Lei n.º 8429/92, ao prever o acordo de não persecução cível sem delimitação de seu campo de abrangência, entende-se que, para fins de delimitação dos pressupostos de atuação, deve-se nominar acordo de não persecução cível como gênero, para abarcar todas as espécies abstratamente previstas na legislação, sendo espécies: compromissos de ajustamento de conduta; acordos de não persecução em sentido estrito não instrumentais e acordos de não persecução cível de caráter instrumental.[3] Estes se concretizam nas colaborações premiadas ocorridas na improbidade administrativa ou no acordo de leniência. Já os acordos de não persecução em sentido estrito não instrumentais são aqueles que não exigem qualquer espécie de colaboração do autor do fato ímprobo. Recaem sobre os atos de improbidade administrativa de gravidade média/grave, ou de escassa gravidade, que são as modalidades de ato de improbidade de menor potencial ofensivo.

Note-se que, no TAC, em decorrência de sua limitação legal contida na Lei de Ação civil Pública e na Resolução n.º 179/17 do Conselho Nacional do Ministério Público, o titular da pretensão poderá firmá-lo sem disponibilização do direito material, limitando-se o acordado ao prazo ou forma de cumprimento da obrigação pactuada. Assim, v.g, no parcelamento dos danos causados ao erário, ou do pagamento da multa imposta, parcela-se, sem disponibilidade do direito. O TAC, assim, pode ser efetivado a qualquer tempo.

Já no acordo de não persecução cível em sentido estrito não instrumental várias situações podem ocorrer. A uma, o ato de improbidade administrativa é dotado de escasso desvalor de comportamento e de resultado e que, segundo o princípio da proporcionalidade, assim como a eficiência administrativa, legitimam que o Ministério Público, fundado em um juízo discricionário devidamente motivado, justifique que o rápido ressarcimento do erário, ou o pagamento de eventual multa imposta, sem a propositura de outras sanções decorrentes do ato de improbidade. Nesta hipótese, firma-se um instrumento, materializado no próprio acordo de não persecução cível, com antecipação da sanção que, segundo a magnitude do injusto ímprobo, é apropriada à espécie. Este acordo de não persecução cível pode ser na fase da investigação, ou, no processo, até a contestação.

Uma segunda hipótese, ainda denominada de acordo de não persecução cível em sentido estrito, pode ter por objeto um ato de improbidade dotado

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

3 Esta classificação provém do professor de direito administrativo e Promotor Adjunto da Subjur do Ministério Público do Estado do Paraná, Cláudio Smirne Diniz, que muito contribuiu para o aprimoramento das idéias defendidas neste estudo.

de média ou grande gravidade, em que o titular da pretensão acusatória, após emitir um juízo de valor quanto as espécies de sanções a serem propostas, discriminará no acordo as espécies de sanção propostas, sejam elas de proibição de contratar com o poder público, perda da função pública ou suspensão dos direitos políticos. Note-se que, aqui, os atos normativos a serem estabelecidos, de *lege ferenda*, pelo Congresso Nacional, ou Ministérios Públicos ou Conselho Nacional do MP, deverão disciplinar as hipóteses em que será necessário ou não a confissão, já que, no mais das vezes, sua exigência inviabiliza o acordo de não persecução, sobretudo nas hipóteses em que o autor do fato ímprobo é político ou tem pretensões políticas.

Digno de registro, outrossim, que embora a confissão possibilite o reconhecimento da prática do ato de improbidade administrativa, o que autoriza e legitima a incidência do microssistema punitivo do Estado, com as correspondentes limitações ou restrições aos direitos fundamentais do autor do fato ímprobo (assunto a ser oportunamente tratado), é plenamente possível normativamente estabelecer sua necessidade ou desnecessidade, à vista de determinadas condicionantes estabelecidas na legislação (*de lege ferenda*).

Sem se adentrar no debate a ser desenvolvido, relativamente à ilegalidade ou inconstitucionalidade na proposição de acordo de não persecução de sanções graves (suspensão de direitos políticos/perda da função pública), com a simples homologação judicial, já que na espécie há o exercício da defesa técnica e autodefesa, é possível editar, normativamente e na forma admitida pela disposição contida no art. 190 do Código de Processo Civil, que as partes convencionem cláusulas processuais com ritos abreviados, com cognição probatória abreviada, em que o autor do fato já reconhece e ratifica as provas produzidas durante a fase de investigação, sem a possibilidade da interposição de recursos advindos desta sucessão de atos processuais.

Estas sugestões normativas se destinam, a um só tempo, dotar o direito administrativo sancionador do Estado de maior celeridade e eficiência administrativa, o que propiciará uma duração razoável do processo, com a correspondente satisfação dos direitos por meio de soluções consensuais. O magistrado, equidistante das partes, fiscalizará e exercerá os poderes inerentes à jurisdição, sempre que assim se fizer necessário para a busca de uma solução justa.

Claro que se necessita um olhar proativo para o exercício da jurisdição. Não vislumbrá-la como uma necessária sucessão encadeada de atos processuais herméticos. É hora de se conferir aos sujeitos do contraditório maior proeminência e responsabilidade no exercício de seus direitos fundamentais, quer porque seu titular, acompanhado de advogado, pode reconhecer a restrição a direito que lhe pertence, quer porque, via de regra, é o Ministério Público que figurará em um dos pólos do negócio jurídico proposto, no exercício de

parcela legítima de função Estatal.

A terceira e última espécie do acordo de não persecução cível, de caráter instrumental, seria a colaboração premiada na improbidade administrativa e do acordo de leniência, que se materializam no poder do titular da pretensão acusatória (ou outro colegitimado), em decorrência de colaboração premiada firmada com o autor do fato delituoso ou fato ímprobo, ou com a pessoa jurídica que, por meio de seus representantes, pratica ato ilícito, renunciar uma, algumas ou todas as espécies de sanção decorrentes da improbidade administrativa ou previstas na Lei Anticorrupção, já que a importância dos elementos probatórios apresentados pelo colaborador são fundamentais ao deslinde da investigação. No acordo de leniência não se faz necessário a homologação judicial, já que inexiste previsão na lei de regência (Lei anticorrupção nº 12846/13; Lei 12569/11 - CADE).

Observe, a propósito, que no acordo de não persecução civel de caráter instrumental, admite-se total disponibilidade das sanções abstratamente previstas na Lei de Improbidade ou na Lei Anticorrupção, já que sua natureza materializa-se em verdadeiro instrumento conferidos aos órgãos de persecução do Estado para fins de investigação e descortino de fatos ímprobos.

Pode-se questionar, por outro vértice, se a criação do acordo de não persecução cível trata-se de uma medida salutar no microssistema de proteção da probidade administrativa. É induvidoso que a eternização dos processos, somado a infindáveis prescrições de ações penais e de improbidade administrativa, criaram um “solo” propício para a promoção e aprovação destas recentes alterações na legislação brasileira. A consensualidade, então, passa a ser fundamental meio da promoção e salvaguarda de direitos coletivos, ainda que alguns deles no passado recente tenham sido marcados com o status de sua indisponibilidade.

Indaga-se, outrossim, se a ausência de expressa previsão na Lei de Improbidade Administrativa dos pressupostos para a efetivação do acordo de não persecução cível inviabiliza sua proposição, diante do veto presidencial e de sua manutenção pelo Congresso Nacional.

A resposta a esta questão é certamente negativa, já que o diálogo das fontes permite a utilização dos referenciais advindos do microssistema penal para o direito administrativo sancionador, quer porque há balizas doutrinárias e jurisprudenciais que certamente servirão como regras intransponíveis e limitadoras de eventuais propostas de não persecução civil desmedidas, quer porque as aproximações decorrentes de microssistemas estatais que consagram o direito de punir do Estado não apenas podem como devem se inter-relacionar.

Para logo, a natureza jurídica do acordo de não persecução cível é um negócio jurídico bilateral *sui generis*, que se aperfeiçoa pela manifestação de vontade em sentidos opostos; de um lado, o Ministério Público ou colegitima-

do, após a realização de um juízo de valoração firmado na maior ou menor magnitude do injusto, formulará a proposta de acordo, que consistirá a necessidade de reparação do dano, cumulada com uma ou mais das sanções abstratamente previstas na Lei de Improbidade Administrativa; de outro, o autor (s) do fato ímprobo (s), por intermédio da autodefesa e defesa técnica, poderá aceitar as propostas apresentadas, entabular contraproposta, para, assim, concretizar o negócio jurídico.

É sui generis porque: de um lado, há reduzida liberdade das partes intervenientes no negócio, já que as sanções serão proporcionais à maior ou menor gravidade do injusto ímprobo.

Ainda assim, trata-se de negócio jurídico bilateral, entendendo-se que, de um lado, o Promotor de Justiça/Procurador da República ou outros legitimados não são obrigados à sua proposição; de outro, o autor do fato ímprobo não possui direito subjetivo à obtenção da proposta. Este assunto será devidamente retomado em tópico específico.

2. Pressupostos de aplicação do acordo de não persecução cível

2.1 Contornos normativos

Conforme já foi enfatizado, inexiste, ao menos até o momento, delimitação dos pressupostos necessários ao aperfeiçoamento do acordo de não persecução cível. Esta assertiva, é claro, não se estende ao acordo de não persecução na seara processual penal, que além de admitir sua ocorrência, estabeleceu as condições necessárias à sua aplicação, nos termos do art. 28-A, do Código de Processo Penal.

Embora inexista no Código de Processo Civil ou mesmo na Lei de Improbidade Administrativa expressa previsão dos requisitos necessários à aplicação do acordo de não persecução cível, ao menos até o momento, entende-se plenamente admissível o diálogo entre os microssistemas penal e administrativo sancionador, que emanam do poder punitivo e sancionatório do Estado (diálogo este que subsistirá até o advento de Lei ou ato normativo dos Ministérios Públicos Estaduais, nacional ou do Conselho Nacional do Ministério Público).

Reconhece-se, assim, que um dos fundamentos desse diálogo não é apenas porque os microssistemas possuem confluências que os aproximam, mas, fundamentalmente, porque, via de regra, a proximidade decorre do fato ilícito comum a partir dos quais consequências sancionatórias destes microssistemas advêm – fato de corrupção pública.

Nesse cenário, conforme já destacado em outra oportunidade, a cor-

rupção trata-se de um ilícito multifacetário[4]. Com o mesmo comportamento funcional, pode o agente violar vários bens jurídicos protegidos por microssistemas diversos e incorrer em sanções correspondentes a cada ramo jurídico ofendido.

Assim, ao tempo em que o comportamento do agente corrupto é subsumido ao tipo de injusto penal, também se adequa às disposições previstas na Lei de Improbidade Administrativa, bem como está sujeito às sanções decorrentes de infrações disciplinares correspondentes. Ressalte-se que, valendo-se de pessoa jurídica para prática do fato ímprobo, também está submetido ao regramento previsto na Lei Anticorrupção.

Portanto, há um microssistema de proteção há vários microssistemas (v.g. penal, administrativo) de proteção de bens jurídicos ligados à probidade da Administração Pública, segundo o grau de afetação do bem jurídico lesado, o maior ou menor desvalor de ação e resultado, assim como a maior exigência de conformação típica das ações ou omissões proibidas ou exigidas, segundo os postulados da determinação taxativa, corolário do princípio da reserva legal.

Assim, o ato de corrupção, com suas vertentes penal, civil e administrativa, legitima que os microssistemas de proteção dialoguem, não apenas porque parte do fato comum de corrupção, mas sobretudo porque emanam do poder de punir do Estado e com restrição ou limitação de bens ou direitos para tutela de interesses públicos fundamentais.

Nesse viés, admite-se a plena viabilidade de se utilizar, guardadas as devidas proporções, os critérios exigidos pela disposição processual penal referente ao acordo de não persecução penal, para o instituto de acordo de não persecução cível.

Enfatiza-se que a admissão da utilização da analogia para colmatação do sistema jurídico é apenas admitido na hipótese de ausência de expressa previsão normativa dos pressupostos de admissão do acordo cível. Claro que, de *lege ferenda*, é plenamente admissível e recomendável que haja nova intervenção legislativa, para delimitar os pressupostos do acordo, na seara cível (até que sobrevenha ato normativo emanado dos Ministérios Públicos de cada ente federativo, ou do Conselho Nacional do Ministério Público). Até que isso ocorra, reputa-se necessário a utilização da analogia.

Nesse cenário, dispõe o art. 28-A do Código de Processo Penal um conjunto de requisitos para aperfeiçoamento do acordo de não persecução penal, consistentes: reparação do dano ou restituição da coisa à vítima; renúncia

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

4 CASTRO, Renato de Lima. Colaboração Premiada e Improbidade Administrativa. In: Revista do Ministério Público/Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, n.º 66, out/dez. 2017.

a bens ou direitos que forem instrumentos, produto ou proveito do crime; prestar serviços à comunidade; pagar prestação pecuniária e cumprimento de obrigação ou condição condizente e proporcional com a prática do ato ilicito praticado.

Assim, reputa-se compatível com a natureza do Ato de Improbidade Administrativa apenas algumas destas condicionantes, sendo elas: eventual confissão do ato ímprobo, com esteio na obrigação genérica admita pela disposição processual penal, para fins de proposição de sanções de maior gravidade (a confissão, assim, serve como verdadeira premissa de submissão do agente ao regime de responsabilidade e sanção prevista no ordenamento jurídico. Não se recomenda, é verdade, em todas as espécies de atos ímprobos, conforme será oportunamente tratado).

De igual modo, nem sempre haverá um ilícito penal subjacente, já que se pode tratar de ato de improbidade administrativa que se limita a violar os princípios da administração pública (art. 11, *caput*, da lei 8429/92) ou que cause lesão culposa ao erário, nos termos do art. 10, *caput*, da Lei de Improbidade Administrativa, sem um correspondente típico penal. Todavia, a inexistência do ilícito penal subjacente ao ato ímprobo não inviabiliza o diálogo das fontes entre o direito penal e o administrativo sancionador (improbidade administrativa).

Quanto ao requisito relativo a reparação do dano ou restituição da coisa desviada ou subtraída da vítima (no ato de improbidade, a pessoa jurídica de direito público ou privado que receba subvenção pública), vislumbra-se que é condição necessária para que haja restituição do dano causado ao erário, decorrente da prática do ato ímprobo Trata-se, na hipótese, da espécie de ato de improbidade administrativa que causa dano ao erário nos termos do art. 10, *caput*, da Lei n.º 8429/92. Então, a reparação do dano limita-se a esse tipo de injusto ímprobo, não sendo exigível nas demais espécies ímprobas (art. 9º e 11).

Por outro lado, nas situações de enriquecimento ilícito, o valor acrescido ilicitamente ou mesmo os bens eventualmente desviados ou subtraídos (peculato) do ente público ou privado que recebe subvenção pública devem ser entregues à Administração Pública.

Outra condição, ainda que genericamente estabelecida pela Lei Processual Penal, é que o acordo de não persecução seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime. Essa é a regra de prevenção, geral e especial, inerente à sanção penal. Para o correspondente na improbidade administrativa, reputa-se fundamental que a escolha das sanções a serem impostas, além de analisar a magnitude do injusto ímprobo deve, também, ter como referencial o desestímulo a novas práticas ímprobas, tanto em seu caráter geral quanto especial.

Reprise-se, em sede conclusiva, que embora se preconize, no estudo proposto, a utilização da analogia das regras processuais penais referentes ao acordo de não persecução criminal, força é reconhecer que a Lei, emanada do Congresso Nacional, ou os atos normativos provenientes dos Ministérios Públicos Estaduais ou Nacional ou até do Conselho Nacional do Ministério Público, podem e devem estabelecer pressupostos próprios, diversos daqueles constantes na disposição processual penal, dada as peculiares condições dos atos de improbidade administrativa. Quiçá, a confissão ou reconhecimento da prática do ato de Improbidade administrativa seja apenas recomendável nas espécies de sanções de grande gravidade, tais como suspensão de direitos políticos e perda da função pública, já que, nestas hipóteses, algumas restrições de direitos fundamentais exigem, conforme será oportunamente defendido, que o reconhecimento da prática do fato ímprobo seja um dos antecedentes indispensáveis para a concretização das sanções graves a serem dispostas no Acordo de Não Persecução Cível.

2.2 Caracterização administrativa do acordo de não persecução cível como ato discricionário

O acordo de não persecução civil trata-se de um ato administrativo discricionário, porque se incumbe ao legitimado ativo emitir um juízo de valoração e ponderação acerca da conveniência e oportunidade para sua concretização. Exige, assim, verificar se as sanções a serem propostas, proporcionais à magnitude do injusto ímprobo, também previnem, geral e especialmente, novas práticas ímprobas.

Nesse viés, não é possível exigir do legitimado a proposição do acordo. Na qualidade de ato discricionário, não gera direito subjetivo do autor do fato ímprobo à obtenção do acordo de não persecução. A proposição, ou não, está no espectro de atribuição do titular da função pública, que deverá fundamentar a orientação perseguida.

Maria Sylvia Zanela Di Pietro, ao esclarecer as características do ato vinculado, afirma que:

> [...] esse regramento pode atingir os vários aspectos de uma atividade determinada; nesse caso se diz que o poder da administração é vinculado, porque a lei não deixou opções; ela estabelece que, diante de um poder vinculado, o particular tem um direito subjetivo de exigir da autoridade a edição de determinado ato, sob pena de, não o

> fazendo, sujeitar-se à correção judicial. [5]

Adiante, Di Pietro delimita o ato discricionário, como sendo aquele em que:

> [...] o regramento não atinge todos os aspectos da atuação administrativa; a lei deixa certa margem de liberdade de decisão diante do caso concreto, de tal modo que a autoridade poderá optar por uma dentre as várias soluções possíveis, todas válidas perante o direito. Nesses casos, o poder da Administração é discricionário, porque a adoção de uma ou outra solução é feita segundo critérios de oportunidade, conveniência, justiça, equidade, próprios da autoridade, porque não definidos pelo legislador [...][6]

Nessa métrica, o colegitimado, v.g., Promotor de Justiça, possui a faculdade de, à vista da concreta situação a ele submetida, verificar se o acordo de não persecução cível terá o condão de atingir os fins a que se destina, sobretudo após apropriadamente sopesar se as espécies de sanções são proporcionais ao ato ímprobo praticado. Pode, ao contrário, verificar que, estrategicamente e para os fins de combate à espécie de ato de improbidade de que se trata, não ser passível de concretizar esse negócio jurídico.

Forçoso é observar, outrossim, que o caráter de ato administrativo discricionário não deslegitima a natureza do acordo de persecução como negócio jurídico bilateral, que pode ter natureza processual ou extraprocessual, dependendo a fase de sua concretização. Sua discricionariedade não é arbitrária, sendo os motivos expostos passíveis de controle na instância ministerial superior (quando o legitimado é o Ministério Público)|, aplicando-se analogicamente o art. 28 do CPP.

Nesse cenário, o que se defende é a não utilização das prerrogativas institucionais de forma arbitrária, desarrazoada, já que se consubstancia em comportamento inadmissível em um Estado de Direito democrático. Portanto, a ausência de um subjetivo direito à obtenção de acordo de não persecução não significa afirmar a necessidade de aceitação de decisões arbitrárias e respaldadas em meros caprichos da autoridade investigada da função pública.

Registre-se, por fim, que ao afirmar que o acordo de não persecução cí-

5 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 17 ed., São Paulo: Atlas, 2004, p. 205.

6 Ibidem.

vel trata-se de ato administrativo, é fato que, de um lado, os demais requisitos do ato administrativo devem estar presentes – competência, finalidade e forma – e, sobretudo, deve ser devidamente motivado, porque em uma República todo ato administrativo, executivo ou judicial, são passíveis de controle (direta ou indiretamente).

2.3 Momento para propositura do acordo de não persecução cível

É fato que o acordo de não persecução cível deve ter uma limitação temporal para sua propositura, quer porque se deve exigir lealdade dos sujeitos envolvidos, quer porque os princípios da economia, duração razoável do processo e eficiência, não admitem que se autorize a realização de uma longa e acirrada discussão probatória, para, ao final, se propor ou não o acordo.

Portanto, embora esta disposição legal constante no pacote anticrime tenha sido vetada pela Presidência República, entende-se que o final do aperfeiçoamento de acordo de não persecução cível deve ser até a contestação. Assim, contestada a ação civil pública pela prática de ato de improbidade administrativa, passa a ser inadmissível a formulação do acordo, já que o Estado não pode permitir que, de um lado, o autor do fato ímprobo aguarde o término da instrução para aquilatar a conveniência/oportunidade de realizar o acordo de não persecução em sentido estrito ou leniência, já que isso implica, também, viola a eficiência administrativa, economicidade e contribui ainda mais para a morosidade da prestação jurisdicional.

É fato que inexiste uma limitação temporal para a propositura do acordo de não persecução cível. Assim, sugere-se, de *lege ferenda* e para evitar celeumas doutrinárias e jurisprudenciais, que esta matéria seja disciplinada pelos Conselhos Nacionais da Magistratura e do Ministério Público ou, é claro, por nova intervenção legislativa.

2.4 Legimitidade concorrente e utilização de prova coligida

O Presidente da República vetou a disposição legal que conferia exclusiva legitimidade ao Ministério Público na celebração do acordo de não persecução cível. Este veto foi mantido pelo Congresso Nacional. Nessa ordem, aplica-se a teoria geral a respeito do tema, no sentido de que aquele que detém legitimidade para propor a ação civil pública (entes lesados), também detém capacidade de efetivar o acordo de não persecução cível com o autor do fato ímprobo.

Há um problema, todavia, que será objeto de muitas controvérsias. Con-

siste na legitimidade concorrente para a celebração do acordo de não persecução cível, esteado no mesmo fato ímprobo. Assim, v.g., o titular da Promotoria de Defesa do Patrimônio Público de Londrina, firma acordo de não persecução cível com um autor de fato ímprobo. Este acordo, que será concretizado por intermédio de um Compromisso de ajuste de conduta, com força de título executivo extrajudicial, não vincula os demais concorrentes, que detém a legitimidade para propor a correspondente ação civil pública pela prática do ato de improbidade administrativa. Idêntica assertiva estende-se à hipótese do acordo a ser efetivado no processo.

Assim, para evitar que um ou alguns dos colegitimados ingresse com ação civil pública pela prática de ato de improbidade administrativa já firmado acordo de não persecução com outro legitimado, deve a defesa técnica buscar a reunião dos colegitimados na "negociação", no sentido de que participem do acordo de não persecução cível e, via de consequência, firmem o Termo de Ajuste de Conduta em conjunto, vinculando-os aos termos do acordo compromissado.

Questão importante, outrossim, é indagar se no acordo de não persecução cível deve constar eventual possibilidade de se utilizar as declarações do colaborador e dos elementos de prova por ele apresentados, para fins de ser, eventualmente, utilizado por outro colegitimado.

A questão tratada é a transversalidade ou não dos termos de colaboração premiada ou do acordo de não persecução cível, segundo a qual se admitirá a utilização das provas apresentadas pelo colaborador ou agente ímprobo, ou suas declarações, em outras instâncias, judicial e administrativa e, como decorrência desta utilização transversal das provas conferidas pelo colaborador (na hipótese de acordo de não persecução cível de caráter instrumental), também admita a redução/isenção de sanções previstas nos demais microssistemas de controle da Administração Pública.

O que se discute, v.g., é se um colaborador que confessa a prática de um fato de corrupção pública, assim como apresenta inúmeros elementos de prova de sua concretização, poderá ter sua confissão, pressuposto da colaboração premiada aperfeiçoada no campo penal e demais provas, transportada para a improbidade administrativa e para a infração administrativa, sem sua anuência expressa no compromisso firmado. Admitido esse "transporte" para outras esferas de responsabilidade, metricamente também há que se exigir a redução ou isenção das sanções previstas, segundo a extensão e profundidade da colaboração.

Nesse viés, entende-se que ao colaborador assegura-se o direito à não autoincriminação e, via de consequência, o direito constitucional ao silêncio, razão pela qual apenas se pode utilizar as provas contra ele produzidas nos estritos limites de sua aquiescência, fruto do negócio processual aperfeiçoado

com o Estado acusação. Os princípios da boa fé e da segurança jurídica são sustentáculos desta orientação.

São oportunas as considerações de Anamaria Prates Barroso (2019), segundo a qual:

> Quando decide por colaborar, o colaborador opta por não exercer o seu direito à não autoincriminação. O direito fundamental à não autoincriminação ou nemo tenetur se detegere está previsto, expressamente, no artigo 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal, e no artigo 8º, inciso II, alínea "g", do Pacto de San José da Costa Rica. Engloba tanto o direito de permanecer em silêncio, quanto o de não ser obrigado, ou induzido, a produzir provas contra si. O § 14 do artigo 4º da Lei 12.850 dispõe que o colaborador deve renunciar ao seu direito ao silêncio. Homologada a delação, o colaborador tem direito subjetivo às sanções premiais acordadas. Entretanto, não pode o colaborador se ver surpreendido com a utilização de suas declarações como meio de prova contra ele em quaisquer outras ações. A colaboração está fincada nos princípios da confiança e da segurança jurídica. [7]

Estas ponderações, é claro, estendem-se a eventuais acordos de não persecução cível, ou seja, é necessário que na hipótese de confissão do fato pelo autor do ato de improbidade administrativa como pressuposto do acordo seja explicitado, em cláusula expressa, a plena transversalidade do acordo ou, eventualmente, conste ressalva quanto a necessidade de manifestação expressa do juízo competente acerca da admissão do empréstimo da prova, em reverência aos princípios da boa fé e segurança jurídica, exigindo é, claro, que as instâncias administrativas que assim pleiteiem o empréstimo da prova, se comprometa a repercutir, proporcionalmente, na sanção prevista.

Registre-se, uma vez mais, que em decorrência do diálogo das fontes, admite-se a aplicação das normas de direito processual penal e penal ao microssistema do direito administrativo sancionador, até que, eventualmente, surja nova disciplina legal que preceitue requisitos próprios para o acordo de

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

7 BARROSO, Anamaria Prades. A Transversalidade do Acordo de Colaboração Premiada e seus Efeitos na Demissão do Servidor Público. In: RBCCRIM, vol. 157, jul. 2019.

não persecução cível.

Por outro lado, na hipótese da relação jurídica processual já ter sido constituída, necessário se faz chamar os colegitimados, como interessados, conforme autorização encartada no art. 17, § 3º da Lei de Improbidade Administrativa, que admite a notificação da pessoa jurídica lesada (administração direta ou indireta), para integrar a lide, nos termos do art. 6º, § 3º da Lei de Ação Popular (lei n.º 4717/1965).

Será muito comum, outrossim, que haja dois órgãos de acusação diversos para atuação no fato, um com atribuições para a esfera penal e outro para a da improbidade administrativa, conforme frequentemente ocorre nas Promotorias Criminais e nas Promotorias de Defesa do Patrimônio Público Cível. É evidente que, cada qual no espectro de sua atribuição, pode firmar acordo de não persecução, criminal e cível. O ideal, é claro, sobretudo em decorrência do princípio da unidade institucional, é que estes órgãos de acusação troquem informações e coordenem esforços a fim da promoção de um acordo único, que espraiará seus efeitos na seara penal e civil correspondente.

Não se olvida, é claro, que há independência funcional de cada órgão Ministerial, mas não é menos certo que determinados temas, sobretudo quando ligados ao combate à corrupção pública, precisam ter critérios ou linhas de atuação institucional, hipótese em que se admite uma flexibilização das orientações pessoais em favor da linha institucional adotada.

Este assunto, todavia, é bastante complexo e de difícil trato neste trabalho, eis que extrapola os limites inicialmente propostos. Há que se aprofundá-las, já que o Ministério Público, constituído de uma multiplicidade de membros com diferentes orientações jurídicas e ideológicas, pode e deve estabelecer diretrizes de atuação que, certamente, não maculam o princípio da independência funcional. Ao contrário, fortalece a instituição, conferindo-lhe o status de unidade e de coesão, na persecução dos fins determinados pela Constituição Federal.

3. Escolha das sanções a serem impostas

3.1 A avaliação da magnitude do injusto ímprobo na escolha das sanções

Uma vez escolhida as sanções a serem propostas, acomete-se ao autor do fato ímprobo, devidamente assistido por advogado, aceitar ou não os termos da proposição. Então, embora não se negue a natureza de negócio jurídico entre as partes, entende-se que se trata de um negócio jurídico *sui generis*, já que não há liberdade de escolha arbitrária das espécies de sanção a ser proposta. Há, de fato, uma discricionariedade, que exige a correspondente moti-

vação para ensejar o controle. Acomete-se ao autor do fato ímprobo, assistido por advogado, o direito de aceitar ou não os termos do acordo, sugerindo eventual substituição de uma espécie de sanção por outra.

É claro que os princípios da publicidade, motivação dos atos administrativos e controle, exigem que o proponente, ao propor as sanções decorrentes do fato ímprobo, justifique as escolhas abstratamente previstas, segundo o grau de afetação do bem jurídico e o desvalor da ação proibida.

Portanto, para imposição de uma sanção adequada e suficiente pela prática do ato de improbidade administrativa, recomenda Fábio Osório Medina uma percuciente análise do tipo de injusto de improbidade administrativa, decomposto de desvalor de ação e desvalor de resultado, observando que:

> Para a reprovação de uma conduta, interessa não só a vontade na ação, mas também seus efeitos [...].
>
> Deve-se ter em conta a finalidade protetiva da norma, assim como a vontade do autor.
>
> Um olhar aos atos de improbidade – atos ilícitos em geral – põe de armanifesto que o conteúdo do modelo de conduta proibida não vem dado exclusivamente pela lesão ou pela exposição a perigo (uma espécie de lesão formal), do objeto do tipo, mas também pelo modo e forma da realização do fato, a estrutura formal da transgressão. Essa dinâmica é aberta, e permite amplos espaços de valoração por parte do intérprete, em busca do juízo fundamentado de censura. Semelhante panorama releva que a ação ou omissão ilícitas devem submeter-se a um juízo de desvalor ético-normativo, redundando na configuração do suporte para incidência da norma tipificatória da improbidade. [8]

Nesse ambiente, a individualização das sanções advindas da prática do ato de improbidade administrativa é permeada, necessariamente, pela emissão de juízo de valor, que recai sobre o tipo de injusto, composto do desvalor de ação e desvalor do resultado (lesão ao bem jurídico tutelado). Sua maior ou

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

8 OSÓRIO, Fábio Medina. Teoria da Improbidade Administrativa: má gestão pública, corrupção e ineficiência. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 286.

menor gravidade serão fundamentais para se aquilatar a (s) sanção (ões) a ser (em) proposta (s) no acordo de não persecução.

Assim, para estabelecer os pressupostos de imputação do tipo de injusto, exige-se, na dicção de Osório:

> os componentes pessoais do sujeito desempenham um papel importante na qualificação do grau de reprovação do fato proibido, cada vez mais presentes no ato interpretativo que define e institucionaliza normas sancionatórias. As características pessoais do agente, sua posição funcional, seu papel no marco do funcionamento da Administração Pública podem ter lugar como elementos relevantes desde a perspectiva do modelo normativo de conduta proibida, no plano institucional concreto, ainda que não venham expressas nos dispositivos pertinentes. [9]

Portanto, as características pessoais do agente público, assim como sua posição hierárquica na estrutura organizacional, são fatores indispensáveis para sopesar, a maior ou menor, a responsabilidade do agente público. Trata-se aqui do desvalor de ação[10].

Já o desvalor do resultado, materializa-se no grau de afetação ou das consequências advindas do ato ímprobo. Assim, vultosos danos à Administração Pública, ou mesmo graves repercussões negativas dela advindas, são inevitavelmente elementos fundamentais a incrementar, a maior, o desvalor do resultado.

Emerson Garcia, com costumeira propriedade, cita lição de Marcelo Caetano quanto à responsabilização disciplinar de agentes públicos, no sentido de que:

> devem ser consideradas as circunstâncias agravantes, com influência imediata na fixação da dosimetria das sanções a serem aplicadas ao agente, a produção efetiva de resultados prejudiciais ao serviço, ao interesse geral ou a terceiros nos casos em que fosse previsível como efeito necessário da conduta; a intenção de produzir esses

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

9 Ibidem, p. 241

10 OSÓRIO, Fábio Medina. Teoria da Improbidade Administrativa: má gestão pública, corrupção e ineficiência. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 241

> resultados; a premeditação; a combinação ou coligação com outras pessoas para a prática do fato; o ser praticado durante o cumprimento de pena disciplinar; a reincidência; a acumulação de infrações; a publicidade do fato provocada pelo próprio agente; a prática depois de advertido por outro funcionário do caráter ilícito do fato; a categoria superior e o nível intelectual e de cultura, etc, sendo atenuantes, "...o bom comportamento anterior do agente; o ter prestado serviços relevantes; a confissão espontânea do fato, a provocação de superior hierárquico, o ter sido praticado o acatamento de boa fé de ordem de superior a que não fosse devida obediência. [11]

Estes são, via de regra, os delineamentos gerais da dosimetria das sanções na Lei de Improbidade Administrativa, que serve de ótimo paradigma para o órgão proponente escolher, adequadamente, quais espécies de sanção devem ser sugeridas no acordo. Após a realização desta minuciosa análise, poderá o órgão de persecução propor as sanções aplicáveis à espécie, que poderão ser quaisquer das modalidades abstratamente previstas na Lei de Improbidade Administrativa, quais sejam: proibição de contratar com o poder público; perda da função pública; multa civil; suspensão dos direitos políticos.

Tem-se que se reconhecer que o princípio da proporcionalidade, implicitamente albergado pela Constituição Federal, exigirá do agente Ministerial que sopese, fundado na magnitude do injusto (maior ou menor desvalor de ação ou de resultado), quais sanções deverão ser sugeridas ao agente público que violou as disposições disciplinadas pela Lei n.º 8429/92.

Por outro lado, poderia se argumentar que o Ministério Público, ou outro órgão legitimado, não poderia firmar o acordo de não persecução durante a fase de investigação (extrajudicial), porque se excluiria da apreciação do Judiciário lesão ou ameaça de direito, nos termos do art. 5º, inciso XLV, da Constituição Federal (CF).

É evidente que o Judiciário apenas é chamado a intervir nas hipóteses em que não ocorram a autocomposição. Na estrutura administrativa do Ministério Público, há órgãos de controle superiores, que farão a necessária e crítica avaliação do fato, assim como das consequências dele advindas (sanção proposta). Exige-se, de *lege ferenda*, que os demais legitimados estruturem,

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

11 GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. Improbidade Administrativa. 7 ed. Lúmen Júris, 2013, p. 698/699.

administrativamente, a análise das decisões tomadas pelos seus órgãos de execução. O exercício de um legitimado na proposição do acordo de não persecução não inviabiliza o de outro, o que exige uma necessária convergência de atuação ou, ao menos, intercomunicação.

Reputa-se fundamental, outrossim, que o Ministério Público, quando não for o legitimado para firmar o acordo de não persecução, deve atuar como fiscal da lei, nos termos do art. 127, caput, da CF.

3.2. Possibilidade de intervenção judicial na sanção acordada: hipótese excepcional

Os sujeitos do contraditório são as partes que entabulam o negócio jurídico, incumbindo-se ao órgão jurisdicional a função de avaliar os aspectos formais do negócio, vale dizer, o cumprimento dos pressupostos de sua admissão, assim como a plena liberdade de vontade do autor do fato ímprobo, cuja vontade deverá ser referendada pela defesa técnica (advogado).

Nesse viés, pautado no sistema acusatório albergado pelo Código de Processo Penal, aqui emprestado analogicamente, não cabe ao juiz intervir na proposição do acordo, tampouco substituir seu conteúdo. Seu papel consiste em verificar a observância do devido processo legal, mediante exame das formalidades legais e dos requisitos jurídicos pertinentes.

Portanto, não é recomendável que se macule o princípio da inércia da jurisdição, intervindo proativamente no negócio jurídico em proposição. Esta afirmação, entretanto, será oportunamente temperada em hipóteses excepcionais, em que o magistrado observe que as sanções propostas e aceitas pelas partes são ostensiva e gritantemente desproporcionais à gravidade do injusto ímprobo, hipótese em que o órgão investido de jurisdição pode e deve negar homologação.

O autorregramento da vontade das partes vem expressamente admitida no art. 190 do Código de Processo Civil, assim como decorre do sistema acusatório também taxativamente previsto pelo Código de Processo Penal.

Antonio do Passo Cabral bem observou essa nova orientação, ao afirmar que:

> [...] essa ideologia claramente incentivadora das soluções negociais, parece-nos sinalizar para uma ampliação cada vez maior dos espaços de convencionalidade no direito processual brasileiro. E, pela aplicação analógica autorizada pelo art. 3º do CPP, esta lógica deve incidir não só em relação ao direito processual civil de interesse público ou coletivo, mas também à definição do

procedimento no processo penal. [12]

Enquanto negócio jurídico, as partes deverão discutir as sanções passíveis que serão propostas no acordo de não persecução. É evidente que o proponente do acordo, na escolha da espécie de sanção a ser proposta, estará jungido ao maior ou menor grau de desvalor de comportamento ou de resultado, componentes necessários do injusto decorrente do ato ímprobo.

Claro que, excepcionalmente, poderá o magistrado intervir no acordo de não persecução pactuado, quando houver absoluta e ostensiva violação do princípio da proporcionalidade, ou seja, quando se verificar que total incompatibilidade entre a natureza da sanção proposta, frente ao maior ou menor desvalor do fato ímprobo.

Nessa situação o magistrado, visando salvaguardar o princípio da proporcionalidade e esteado no princípio da não exclusão da apreciação do Poder Judiciário de lesão ou ameaça a direito (art. 5º, inciso XXV, CF), pode negar a respectiva homologação.

É a hipótese, v. g., em que se leva ao Judiciário, para homologação, acordo de não persecução cível que tem como sanções a suspensão de direitos políticos e perda da função pública de vereador pelo fato do agente ímprobo ter passado no supermercado com veículo oficial, a caminho da Câmara Municipal, para comprar alguns produtos de limpeza para sua residência. O fato viola os princípios da impessoalidade e moralidade, mas as sanções impostas no acordo não mantém proporcionalidade e razoabilidade com o desvalor de conduta e de resultado do ato ímprobo, sendo desproporcionais.

Não é crível que a prática deste ato de improbidade administrativa previsto no art. 11 caput, da Lei n.º 8429/92 legitime a perda da função pública ou a suspensão de direitos políticos, diante da sua clara desproporção. Aqui, não se vislumbra outra solução, senão ao magistrado negar a homologação, remetendo ao órgão revisor ministerial para apreciar a matéria, com fundamento no art. 28 do CPP, aplicável analogicamente (quando o proponente do acordo é o Ministério Público). Não pode, evidentemente, substituir ao órgão acusatório e propor a sanção correspondente, porque estaria em exercício indevido da função jurisdicional.

Note-se que, nos termos do art. 28-A, § 5º do CPP, “ Se o juiz considerar inadequadas, insuficientes ou abusivas as condições dispostas no acordo de não persecução penal, devolverá os autos ao Ministério Público para que seja reformulada a proposta de acordo, com concordância do investigado e seu defensor, sendo certo que, na hipótese do juiz recusar a homologação, “...

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

12 CABRAL, Antonio do Passo. Acordos Processuais no Processo Penal. Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, vol. 1, n.º 64, p. 81, abr./jun. 2017.

devolverá os autos ao Ministério Público para a análise da necessidade de complementação das investigações ou o oferecimento da denúncia, nos termos do § 8º, do art. 28-A CPP.

Entende-se, na espécie, que o legislador processual penal não se atendou para o sistema acusatório, possibilitando ao órgão jurisdicional uma intervenção proativa na convencionalidade das partes do contraditório. O Ministério Público é o titular da pretensão acusatória, incumbindo-lhe verificar se, de fato, as condições fáticas são legitimadoras da proposição de não proposição. Assim, seria recomendável, de lege ferenda, que se estabelecesse na legislação processual penal encartada no § 14º do art. 28-A, CPP, segundo a qual "No caso de recusa, por parte do Ministério Público, em propor o acordo de não persecução penal, o investigado poderá requerer a remessa dos autos a órgão superior, na forma do art. 28 deste Código".

Assim, preconiza-se, neste estudo, que os eventuais atos normativos dos Ministérios Públicos ou do Conselho Nacional do Ministério Público disponham de modo diverso da disposição processual penal, no sentido de que, diante da não homologação do acordo de não persecução civel pelo órgão investido de jurisdição, e diante da insistência do Promotor de Justiça de manter seu posicionamento, remeter o fato à apreciação do Conselho Superior, que poderá insistir na proposição do acordo de não persecução cível, ou designar outro Promotor de Justiça para que ofereça a denúncia, já que se assegura a independência funcional do agente Ministerial.

3.3 Eventuais limites às espécies de sanções: renúncia a direitos fundamentais

O que se discute é investigar se há plena liberdade de proposição de todas espécies de sanções decorrentes do ato ímprobo ou se, na hipótese de suspensão dos direitos políticos ou perda da função pública, exige-se o transcurso do devido processo legal, com a respectiva prolação de uma sentença condenatória. De igual modo, há que se analisar se o cidadão pode, livremente, renunciar ao exercício de direito fundamental, já que a participação do cidadão nas decisões políticas fundamentais é pressuposto da República (art. 1º da CF).

Nesta vertente, poderia se argumentar pela inadmissibilidade de se propor a suspensão de direitos políticos ou a perda da função pública no acordo de não persecução cível, quer porque se trata de direito político, ativo e passivo, que se materializa em prerrogativa indissociável de todo cidadão em qualquer Estado Democrático de Direito, quer porque o direito ao trabalho é também direito fundamental de matiz social (art. 7º da CF).

O problema, todavia, deve ser analisado sob vertente diversa. Ao tempo

em que se admite a limitação ou restrições de direitos fundamentais, consoante será oportunamente defendido, forçoso é reconhecer que, na hipótese, tem-se uma limitação a direitos fundamentais decorrentes de uma manifestação de vontade livre e consciente do agente ímprobo, pressuposto de sua ação livre e responsável, assim como do exercício da própria pretensão de punir do Estado, fruto do poder-dever que lhe é imposto pela Constituição Federal e leis infraconstitucionais, para salvaguardar a convivência pacífica do homem em sociedade.

As sanções impostas pela prática de fato ilícito, penal ou decorrente do ato de improbidade administrativa, provém do exercício do poder punitivo do Estado, que recebe do titular do poder (povo) o dever de resguardar os valores fundamentais do homem, mediante a ameaça de uma sanção.

Assim, ao tempo em que o Estado tem o dever de respeitar os direitos fundamentais de autores de fatos ilícitos, em igual medida, necessita salvaguardar os bens jurídicos de titularidade das vítimas, sob pena de uma proteção ineficiente dos valores constitucionais.

Enfatizam Daniel Sarmento e Cláudio Pereira de Souza Neto, com habitual propriedade, que:

> o princípio da proporcionalidade é concebido tradicionalmente como um instrumento para controle de excessos no exercício do poder estatal, visando a conter o arbítrio dos governantes. Porém, no cenário contemporâneo, sabe-se que os poderes públicos têm funções positivas importantes para a proteção e a promoção dos direitos e a garantia do bem estar coletivo. Hoje, compreende-se que o papel do Estado atuar positivamente para proteger e promover direitos e objetivos comunitários, e que ele ofende a ordem jurídica e a Constituição não apenas quando pratica excessos, intervindo de maneira exagerada ou indevida nas relações sociais, mas também quando deixa de agir em prol dos direitos fundamentais ou de outros bens jurídicos relevantes, ou o faz de modo insuficiente. Nesse contexto, há quem defenda que o princípio da proporcionalidade pode também ser utilizado para combater a inércia ou a atuação deficiente do Estado em prol de bens jurídicos tutelados pela

Constituição.[13]

Nesse cenário, pode-se afirmar que a imposição de sanção decorrente do fato ilícito (na espécie, ímprobo) trata-se de simples emanação do poder punitivo do Estado, sendo ato de coação que decorre do exercício de seu poder de cumprir as regras de comportamento previstas no sistema jurídico. O exercício desta pretensão punitiva nasce no exato momento em que o agente, dotado de plena liberdade de ação e capacidade de autodeterminação, resolve praticar o injusto ímprobo, consciente que estará sujeito a uma sanção prévia, escrita e taxativa (princípio da legalidade).

Portanto, sua submissão às sanções previamente descritas nos microssistemas punitivos do Estado tem como conteúdo fundamental o princípio da dignidade da pessoa humana, expressamente resguardado no art. 1º da CF, porque decorre do livre arbítrio que se confere ao homem para atuar em conformidade ou desconformidade com o direito.

A força normativa deste princípio também espraia seus efeitos na possibilidade do autor do fato aceitar as sanções decorrentes do fato ímprobo praticado, após a emissão de um juízo de valor quanto aos prováveis benefícios de sua admissão (v.g. não submissão a uma relação jurídica processual que se protrai no tempo, constrição de bens, eventuais medidas cautelares de natureza invasiva etc.).

Com efeito, a dignidade da pessoa humana, postulado indispensável de um Estado de Direito Democrático, alicerça e fundamenta a possibilidade do autor de fato ímprobo, devidamente assistido por defesa técnica e no exercício da autodefesa, confessar a prática do ato de improbidade administrativa e aceitar as sanções propostas. Confere-se ao homem, por sua própria condição (ontológica), a plena capacidade de se autodeterminar, de forma responsável. Reputa-se contraditório, que de um lado o Estado tutele constitucionalmente os direitos fundamentais do homem e, de outro, proíba que este mesmo homem, dotado de capacidade e liberdade, não possa decidir como melhor lhe aprouver.

Luiz Regis Prado, esteado no princípio da dignidade da pessoa humana, extrai um conceito material da culpabilidade, ao enfatizar que “deve ser coerente com o conceito de ser humano que inspira o texto constitucional. A Carta Brasileira se funda em uma concepção do homem como pessoa, como ser responsável, capaz de se autodeterminar segundo critérios normativos”[14]. Continua, linhas a frente, enfatizando que

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

13 SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016, p. 482.

14 PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro, 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 420.

> [...]o conceito de liberdade aqui manejado é um conceito normativo e não metafísico, conforme a Constituição. Nada mais claro. No Estado de Direito democrático e social, o predomínio do ser humano deve ser indiscutível; há de ser sempre o fim precípuo de toda atividade estatal. Trata-se de alicerçar, em termos substanciais, a culpabilidade no reconhecimento da dignidade humana, considerando-a como ser livre e responsável, valores imanentes à sociedade democrática.[15]

Assim, não é crível que a ordem jurídica, fundada em valores imanentes de um Estado de Direito Democrático, cujo postulado é a dignidade da pessoa humana, não confira a capacidade do homem de se autodeterminar (o que está contido no princípio da ampla defesa), avaliando concretamente se quer ou não aceitar uma sanção antecipadamente proposta pelo Estado acusação, em decorrência da prática de um ato ilícito (ato de improbidade administrativa de escassa magnitude do injusto).

Luiz Roberto Barroso, ainda no exercício da advocacia, foi instado a se pronunciar acerca da eventual possibilidade das testemunhas de Jeová se recusarem a submissão de transfusões de sangue, ainda que em iminente perigo de vida. Nessa ocasião, destacou que "Outra expressão da dignidade humana é a responsabilidade de cada um por sua própria vida, pela determinação de seus valores e objetivos. Como regra geral, as decisões cruciais na vida de uma pessoa não devem ser impostas por uma vontade externa a ela"[16].

Esclareceu Barroso, ainda, que o princípio da dignidade humana deve ser visto sob uma perspectiva social e individual. A dimensão individual da dignidade tem a noção de autonomia seu maior referencial, que se desdobra em múltiplos aspectos. Dois deles, todavia, é que interessam ao tema proposto – capacidade de autodeterminação e condições adequadas para seu exercício. A delimitação conceitual do autor faz-se necessária:

> A dignidade como autonomia envolve, em primeiro lugar, a capacidade de autodeterminação, o direito de decidir os rumos da própria vida e de desenvolver livremente a própria personalidade.

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

15 Ibidem.

16 BARROSO, Luiz Roberto. Legitimidade da Recusa de Transfusão de Sangue por Testemunhas de Jeová: dignidade humana, liberdade religiosa e escolhas existenciais. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/testemunhas-jeova-sangue.pdf.>. Acesso em: 25 maio 2020.

> Significa o poder de realizar as escolhas morais relevantes, assumindo a responsabilidade pelas decisões tomadas. Por trás da ideia de autonomia está um sujeito moral capaz de se autodeterminar, traçar planos de vida e realizá-los. Nem tudo na vida, naturalmente, depende de escolhas pessoais. Há decisões que o Estado pode tomar legitimamente, em nome de interesses e direitos diversos. Mas decisões sobre a própria vida de uma pessoa, escolhas existenciais sobre religião, casamento, ocupações e outras opções personalíssimas que não violem direitos de terceiros não podem ser subtraídas do indivíduo, sob pena de se violar sua dignidade.[17]

O segundo aspecto diz respeito às condições para o exercício da autodeterminação, correspondente à "possibilidade de escolhas livres, sendo indispensável prover meios adequados para que a liberdade seja real, e não apenas retórica"[18].

Portanto, vislumbra-se a plena possibilidade de proposição de qualquer espécie de sanção, já que o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana confere ao homem plena liberdade de vontade, para fazer ou deixar de fazer o que lhe melhor aprouver. Desta liberdade, todavia, advém a necessária responsabilidade pelas decisões tomadas. Então, forçoso é reconhecer que o autor do fato ímprobo, uma vez decidido firmar o acordo de não persecução, livremente (autodefesa) e referendado pela defesa técnica, pode aceitar as sanções que entenda necessária e suficiente, para reprimir e prevenir, o ato de improbidade administrativa por ele praticado.

Acrescente-se, outrossim, que se o autor do fato ímprobo, agente público ou político, tem possibilidade de pedir exoneração ou renunciar seu cargo, também pode decidir, espontaneamente, sair da vida pública, por um período de tempo estabelecido. Por isso, não se vislumbra qualquer óbice que lhe impeça de, livremente, convencionar (acordo) com o proponente do acordo sua exoneração ou renúncia ou mesmo a suspensão de seus direitos políticos.

Por outro lado, acomete-se ao juiz natural a competência para homologar o acordo de não persecução, estabelecido pelas partes proponentes. As

---

17 BARROSO, Luiz Roberto. Legitimidade da Recusa de Transfusão de Sangue por Testemunhas de Jeová: dignidade humana, liberdade religiosa e escolhas existenciais. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/testemunhas-jeova-sangue.pdf.>. Acesso em: 25 maio 2020.

18 Ibidem.

sanções pactuadas no acordo serão cumpridas por intermédio da força coativa da jurisdição (v.g. o magistrado, esteado no acordo homologado, expedirá um ofício ao tribunal competente para suspensão dos direitos políticos ou ofício ao ente público determinando a perda da função pública).

Questão que merece observação, outrossim, é a possibilidade de se invocar o art. 20 da Lei de Improbidade Administrativa, como negação a proposição de suspensão de direitos políticos ou perda da função pública no acordo de não persecução cível. Registre, a propósito, a dicção legal "Art. 20 - A perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos só se efetivam com o trânsito em julgado da sentença condenatória."[19]

Entende-se, todavia, que apenas por meio de uma açodada e literal interpretação da referida disposição legal poderia se inviabilizar a proposta de suspensão dos direitos políticos ou perda da função pública no acordo de não persecução cível.

Assim, não há dúvida que o art. 20 existe para salvaguardar o cargo do agente público ou político que, uma vez aprovado em concurso público ou vencedor de pleito eleitoral, desempenha função pública e merece uma presunção de legalidade e legitimidade do exercício do cargo, além, é claro, da presunção de inocência garantida constitucionalmente.

Na espécie em comento, ao contrário, inexiste lide. Não há pretensão resistida. O titular do direito reconhece a prática de um ato de improbidade administrativa e decide, livremente, submeter-se às sanções dela advindas.

Pode-se objetar as afirmações aqui esposadas, no sentido de que o direito de votar e ser votado trata-se de uma das garantias fundamentais do Estado de Direito Democrático. Esta argumentação é facilmente contrariada, já que o art. 15, inciso V da Constituição Federal, admite a suspensão dos direitos políticos decorrentes de ato de improbidade administrativa. Assim, registre-se "Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de: [...] V – improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º."[20]

Nesse ambiente, é pressuposto do acordo de não persecução cível a prática do ato de improbidade administrativa. A Lei de Improbidade Administrativa, em reverência ao princípio da inocência e como presunção de legalidade da assunção ao cargo, eletivo ou provindo de concurso público, exige que as sanções de perda da função pública e suspensão dos direitos políticos apenas

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

19 BRASIL. Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de atos de improbidade administrativa. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 03 de junho de 1992.

20 BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

se darão se houver trânsito em julgado da sentença condenatória.

Por outro lado, havendo expressa concordância entre as partes, em um negócio jurídico bilateral, que houve a prática de ato de improbidade administrativa, assim como a aceitação das sanções impostas ao autor do fato ímprobo, não há razão, legal ou constitucional, para sua não aceitação.

Apenas para reflexão, poderia o órgão de persecução civil (proponente do acordo), com o propósito de superar eventuais entraves doutrinários ou jurisprudenciais que defendem a irrenunciabilidade de direitos fundamentais, exigir que o autor do fato ímprobo peça exoneração do cargo público ou político, o que, na hipótese, teria um efeito muito semelhante aos fins almejados no negócio jurídico.

Então, não se entende porque o autor não possa, fundado na consensualidade e liberdade de vontade, reconhecer que o ato de improbidade administrativa foi praticado (confissão) e aceite a imposição das sanções de perda da função pública e suspensão de direitos políticos.

Portanto, em sede conclusiva, reputa-se plenamente possível que o autor do fato ímprobo, desde que, mediante o exercício de defesa técnica e autodefesa, aceite um acordo proposto pelo Ministério Público, correspondente à submissão de sanções de maior gravidade.

4. Acordo de não persecução cível e colaboração premiada: aproximações e distinções

O acordo de não persecução cível trata-se de um negócio jurídico bilateral *sui generis*, já que se confere ao autor do fato ímprobo a possibilidade de negociação de apenas parte do negócio proposto. O proponente do acordo de não persecução cível está vinculado a gravidade do fato ímprobo para propor a sanção. No acordo de leniência, de pessoa física ou jurídica, há negociabilidade sobre todos os termos da acordo a ser firmado, sobretudo quanto a própria sanção proposta, total (isenção ou não imputação) ou parcial (redução de pena).

De outro lado, na leniência, o móvel do colaborador é a obtenção de um benefício do Estado, consistente na redução ou isenção de sua pena, desde que colabore com o deslinde da investigação. De igual modo, fundado na necessidade da investigação ou nos pressupostos estabelecidos na lei penal referencial (Lei n.º 12850/2013), pode o titular da acusação optar por uma, algumas ou até mesmo pela ausência de sanção, que serão estabelecidas no acordo de não persecução cível, analogicamente aplicável.

A leniência trata-se de causa geral de redução ou isenção de pena, ou de não imputação penal, dependendo das hipóteses estabelecidas, respectiva-

mente, pelas disposições penais encartadas na Lei nº 9807/1999[21] e na Lei nº 12850/2013 Estas legislações serão aplicadas analogicamente ao direito administrativo sancionador, até que sobrevenha atos normativos próprios, consentâneos com as características do direito administrativo sancionador.

É evidente que na leniência há interesses contrapostos. De um lado está o titular da investigação, que almeja descortinar os fatos delituosos e ímprobos investigados, para reprimir ou prevenir novos fatos, ou mesmo localizar pessoas ou bens desviados ou amealhados pelo grupo. De outro, há o interesse pessoal do autor do delito, de reduzir sua pena, em decorrência de sua colaboração.

Ao contrário, já no acordo de não persecução cível em sentido estrito, cuja nomenclatura será a seguir esclarecida, sua concessão não se condiciona ao proveito a investigação, mas simples proveito dos proponentes, com interesses opostos: de um lado está o Ministério Público (via de regra), com o poder-dever de, após emitir um juízo de valor esteado no princípio da proporcionalidade e na magnitude do injusto, propor as sanções necessárias e suficientes. Agrega-se, outrossim, que ao se antecipar a sanção resguarda-se a efetividade dos interesses transindividuais, com prevalência dos princípios da economicidade e eficiência administrativa, tendo como primazia o rápido ressarcimento dos danos eventualmente ocasionados ao Estado; para o autor do fato ímprobo, o aperfeiçoamento de um acordo de não persecução civil tem finalidade econômica, evita constrições patrimoniais, não submissão de cautelares de natureza invasiva (busca e apreensão, sequestro de bens) etc.

Na hipótese em que a colaboração na Lei de Improbidade Administrativa ou da Lei Anticorrupção for de tal importância para a investigação, que

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

21 Esta Lei estabelece os requisitos a colaboração premiada geral, sendo certo que a Lei 12850/13 limita-se sua aplicação às organizações criminosas. Assim, nos termos da Lei n.º 9807/99, dispõe-se que:Art. 13. Poderá o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, conceder o perdão judicial e a conseqüente extinção da punibilidade ao acusado que, sendo primário, tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal, desde que dessa colaboração tenha resultado:I - a identificação dos demais co-autores ou partícipes da ação criminosa;II - a localização da vítima com a sua integridade física preservada;III - a recuperação total ou parcial do produto do crime.

Parágrafo único. A concessão do perdão judicial levará em conta a personalidade do beneficiado e a natureza, circunstâncias, gravidade e repercussão social do fato criminoso.

Art. 14. O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime, na localização da vítima com vida e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um a dois terços.

legitimar a ausência de sanção, certo que o colaborador assumirá o compromisso de confirmar em juízo os fatos por ele declarados, assim como apresentar elementos de prova que confirmem as versões presentadas aos órgãos de persecução.

Quanto ao efeito pelo descumprimento, no acordo de não persecução importará a execução do pactuado, se for multa. O simples não pagamento da multa acarreta descumprimento do acordo pactuado, ensejando sua ex12

5. Conclusões

O acordo de não persecução cível é um negócio jurídico bilateral *sui generis,* firmado entre um dos legitimados e o autor do fato ímprobo, antes ou durante o processo (até a contestação), em que se estabelece uma ou várias sanções decorrentes da prática do ato de improbidade administrativa (art. 12, da Lei n.º 8429/1992).

O acordo de não persecução cível pode ser firmado judicial ou extrajudicialmente. É gênero de que são espécies o compromisso de ajustamento de conduta, o acordo de persecução em sentido estrito não instrumental e acordos instrumentais (colaboração premiada na improbidade administrativa; acordo de leniência).

No compromisso de ajustamento de conduta não se admite disponibilidade do direito material, objeto do ajuste. No acordo de não persecução cível em sentido estrito, ao contrário, há margem de disponibilidade.

Diante da ausência de previsão normativa no âmbito processual civil acerca dos pressupostos de aplicação do acordo de não persecução civil, aplica-se analogicamente e em decorrência do diálogo das fontes, os pressupostos encartados no art. 28-A do Código de Processo Penal, até que sobrevenha regramento normativo específico (*lege ferenda*);

Todos os colegitimados podem firmar o acordo de não persecução cível, mas o aperfeiçoamento por um deles não exclui ou inviabiliza o direito de ação dos demais.

Deve-se constar no acordo de não persecução cível a possibilidade a utilização de elementos de prova dele decorrentes pelos demais colegitimados ou entes públicos, em reverência aos princípios da boa fé e segurança jurídica.

O acordo de não persecução cível é ato discricionário. Não gera direito subjetivo à sua obtenção. Sua realização exige a devida fundamentação para sua proposição, assim como justificativa das espécies de sanções aplicáveis.

As sanções a serem propostas no acordo de não persecução cível em sentido estrito devem ser proporcionais à magnitude do injusto ímprobo (desvalor de comportamento e resultado), assim como ao caráter de prevenção geral e especial do ato ímprobo. Portanto, a escolha da espécie proposta não é

livre ou arbitrária, mas discricionariamente motivada.

Via de regra o órgão jurisdicional limita-se a homologar o acordo de não persecução civil. Excepcionalmente, poderá recusar sua homologação, ao se constatar evidente desproporção entre a sanção proposta frente a magnitude do injusto ímprobo. Aplica-se, analogicamente, o art. 28 do Código de Processo Penal (proponente é o Ministério Público) para reapreciar eventualmente a matéria.

Embora seja admissível a restrição a direitos fundamentais, entende-se que qualquer espécie de sanção pode ser proposta no acordo de não persecução civil, já que a liberdade de vontade é consectário do princípio da dignidade da pessoa humana, tendo em vista que confere ao titular de direitos, a um só tempo, capacidade de autodeterminação e consequente responsabilidade dela decorrente; e a prática de um ato ilícito, livre e responsável, tem como consequência a submissão de seu autor ao exercício da pretensão punitiva do Estado.

Tanto o acordo de não persecução cível em sentido estrito como a colaboração premiada na improbidade administrativa tratam-se de negócios jurídicos bilaterais. Há, todavia, na colaboração premiada, a negociabilidade de todos os seus termos, o que não ocorre no acordo de não persecução cível, que possui finalidades distintas e limitações consentâneas com a natureza deste instituto.

Como a colaboração premiada na improbidade administrativa segue as características da colaboração na seara penal, no sentido de que sua precípua finalidade é de coadjuvação dos órgãos estatais de investigação, a determinação da sanção é proporcional à profundidade e extensão da colaboração, assim como aos meios de prova nela contidas, podendo, a partir de sua extensão e significado para o desenrolar da investigação, estear a redução, isenção ou até a não imputação da acusação em juízo. No acordo de não persecução cível em sentido estrito (não instrumental), ao contrário, as espécies de sanções estão jungidas ao maior ou menor desvalor de comportamento e resultado, componentes do injusto ímprobo, assim como na prevenção, geral e especial do ato ímprobo.

A NOVA FIGURA DO AGENTE DISFARÇADO PREVISTA NA LEI 13.964/2019

Renee do Ó Souza[1]
Rogério Sanches Cunha[2]
Caroline de Assis e Silva Holmes Lins[3]

RESUMO

O presente trabalho busca esclarecer a nova figura do agente disfarçado, introduzida pela Lei 13.964/2019, bem como demonstrar as condições para sua validade e utilidade jurídico-penal. Por meio de uma revisão bibliográfica acurada demonstra-se as diferenças para o agente infiltrado e agente provocador, figura rechaçada pelo ordenamento jurídico brasileiro, além de indicar a compreensão de cada um dos elementos normativos condicionais para a caracterização do agente disfarçado. Ao cabo do trabalho, após análise dos elementos normativos dos tipos penais em que a figura se insere, o estudo faz uma definição autônoma de agente disfarçado, útil para compreender sua natureza jurídica e função político criminal.

PALAVRAS-CHAVE: Agente disfarçado. Lei n.º 13.964/2019. Lei Anticrime. Agente encoberto. Lei de Drogas. Estatuto do Desarmamento.

Introdução

A Lei 13.964/2019 dentre tantas alterações importantíssimas, em algumas passagens, traz a nova figura do ***agente disfarçado*** que não deve ser confundido com outras técnicas especiais de investigação como agente infiltrado, nem tampouco com aquela tradicional ação controlada.

Com efeito, dispõe a lei as seguintes alterações:

1 – Alteração à Lei 10.826/2013[4]:

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

1 Promotor de Justiça do Estado do Mato Grosso. Mestre em Direito. Professor e autor de obras jurídicas.

2 Promotor de Justiça no Estado de São Paulo. Professor do CERs e autor de obras jurídicas.

3 Advogada. Pós-graduada em direito corporativo e compliance.

4 Os tipos incriminadores dos artigos 17 (comércio ilegal de arma de fogo) e 18 (tráfico internacional de arma de fogo) também experimentaram aumento de pena, tendo em vista que, anteriormente, eram ambas de 04 (quatro) a 08 (oito) anos.

> “Art. 17. (...).
>
> Pena – reclusão, de 6 (seis) a 12 (doze) anos, e multa.
>
> § 1º (...)
>
> § 2º Incorre na mesma pena quem vende ou entrega arma de fogo, acessório ou munição, sem autorização ou em desacordo com a determinação legal ou regulamentar, a **agente policial disfarçado,** quando presentes elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente.”(NR).
>
> Art. 18. (...)
>
> Pena – reclusão, de 8 (oito) a 16 (dezesseis) anos, e multa.
>
> Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem vende ou entrega arma de fogo, acessório ou munição, em operação de importação, sem autorização da autoridade competente, a **agente policial disfarçado**, quando presentes elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente.”(NR)

2 – Alteração à Lei 11.343/2006:

> Art. 33. (...)
>
> § 1º (...).
>
> IV – vende ou entrega drogas ou matéria prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas, sem autorização ou em desacordo com a determinação legal ou regulamentar, a **agente policial disfarçado,** quando presentes elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente.

Da leitura dos dispositivos que contemplam a novidade, logo se verifica tratar-se de outra técnica especial de investigação e de atuação policial, utili-

zável em situações peculiares e que reclamam uma sofisticação operacional intermediária, situada entre uma simples campana policial e uma infiltração policial/ação controlada. Além do relativo grau de expertise, notabilizado pela habilidade de atuar descaracterizado de forma a permitir a coleta de provas do crime e de sua autoria, sem, entretanto, interferir em seu curso causal, o instituto reclama uma relativa maturidade institucional, capaz de garantir um enfrentamento real aos delitos comerciários.

Seu propósito é assegurar a autônoma criminalização da conduta daquele que realiza atos de tráfico de armas, drogas ou de matéria prima com um agente policial disfarçado e assim debelar casos que são dragados, indevidamente, pelo entendimento expressado pela Súmula 145 do Supremo Tribunal Federal[5] de que a solicitação pelo agente policial do produto proibido caracteriza flagrante preparado e crime impossível[6]. Na verdade, aqui, a incriminação ocorre por uma antecipação do comportamento delitivo, fruto de um fracionamento normativo apto a caracterizar suficientemente um novo injusto penal, que rompe com a bilateralidade inerente ao tráfico. O novo tipo penal centra-se na prática de atos unilaterais destinados a dispersão de determinados produtos perigosos e relacionados ao tráfico (de armas, droga e matéria prima), desde que presentes os elementos normativos condicionais do tipo a seguir estudados.

Assim, ainda que o agente policial tenha uma pequena participação na cadeia causal da conduta criminosa, a venda e a entrega destes produtos ao agente disfarçado não caracteriza crime impossível porque, neste caso, a norma penal erigiu como nova hipótese normativa (suporte fático) uma conduta e um resultado jurídico bem delimitados, que independem da efetivação sinalagmática do negócio.

O presente estudo utilizar-se-á, principalmente, do método lógico-dedutivo, mediante análise doutrinária e legislativa, que consistirá no estudo da matéria à luz dos princípios penais. O propósito fundamental da investigação é encontrar elementos que permitam definir e distinguir o agente disfarçado do agente infiltrado e do agente provocador para depois, examinarmos algumas as características próprias contida naqueles dispositivos.

Do agente infiltrado

Conceitualmente, no escólio de Alberto Silva Franco, agente infiltrado é o *"funcionário da polícia que, falseando sua identidade, penetra no âmago da organização criminosa para obter informações e, dessa forma, desmantelá-la[7]."*. Nesse prisma, a infiltração pressupõe a imersão do agente na organiza-

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

7 FRANCO, Alberto Silva. Leis penais especiais e sua interpretação jurispruden-

ção criminosa, mediante envolvimento articulado com os membros e adoção de postura estrategicamente complacente com as práticas criminosas, com o fito de angariar elementos que sirvam de sustentáculo à persecução penal.

A atuação do agente infiltrado é abalizada por características fundamentais, contempladas por Eduardo Araújo da Silva que, citando Juan Jose López Ortega[8], confere sua sistematização em três momentos; I) a dissimulação, que é a estratégia fundamental de esconder a real posição de agente estatal; II) o engano, mediante o qual o agente infiltrado exerce um verdadeiro papel teatral na tessitura criminosa, com o escopo de cativar a confiança dos membros e, consectariamente, lograr êxito em obter as informações investigadas; III) a interação, haja vista o agente se envolver direta, pessoal e intensamente com o grupo criminoso.

Dessarte, a figura jurídica da infiltração de agentes revela-se num estratagema investigativo, que se dá mediante prévia autorização judicial e cuja relação com o grupo criminoso é premeditada e planejada antecipadamente pelo Estado.

Do agente provocador

A seu turno, o traço característico do agente provocador é o excesso de comportamento interventivo junto à conduta criminosa de modo a romper com a atuação eminentemente investigativa e necessariamente neutra, a ponto mesmo de induzir ou instigar a prática do delito. Em casos tais, o agente estatal, como o nome evidencia, provoca o evento e concorre decisivamente para o crime de forma que, ao mesmo tempo em que encoraja o autor a sua prática, providencia a sua prisão em flagrante.

Como se vê, o agente provocador destoa significativamente do agente infiltrado que, diferentemente, deve atuar de forma neutra no que concerne às atividades ilícitas exercidas pelo grupo investigado. Embora haja alguma controvérsia nisso, admite-se que o agente infiltrado se mantenha tolerante com os crimes que presencia além de, em situações excepcionais, pratique alguns delitos, situações aprioristicamente abarcadas pela inexigibilidade de conduta diversa. Como se pode ver, contudo, em nenhuma hipótese o agente infiltrado é o responsável pela idealização do crime, etapa inteiramente atribuída ao grupo em que ele se inseriu. De outro lado, na figura do agente provocador, distintamente, há uma postura incitadora do crime, o que retira a neutralidade causal de sua conduta no cometimento da infração.

---

cial. 7a edição. São Paulo, RT, 2002, pg. 584.

8 ORTEGA, Juan Jose López apud SILVA, Eduardo Araújo da. Organizações Criminosas: Aspectos Penais e Processuais da Lei 12.850/13. São Paulo: Atlas, 2015, pg. 99.

Nesses termos, é percuciente a lição de ALVES, GONÇALVES E VALENTE. Ei-la:

> A figura do agente infiltrado é, pois, substancialmente diferente da do agente provocador. O agente provocador cria o próprio crime e o criminoso, porque induz o suspeito à prática de actos ilícitos, instigando-o e alimentando o crime, agindo, nomeadamente, como comprador ou fornecedor de bens ou serviços ilícitos. O agente infiltrado, por sua vez, através da sua actuação limita-se, apenas, a obter a confiança do suspeito(s), tornando-se, aparentemente, num deles para, como refere Manuel Augusto Alves Meireis, 'desta forma ter acesso a informações, planos, processos, confidência que, de acordo com seu plano, constituirão as provas necessárias à condenação."[9]

Como será estudado a seguir, o agente disfarçado, tal qual o infiltrado, também não é considerado agente provocador vez que sua atuação não implica em instigação ao delito. Sua atuação é predominantemente passiva, o que pode ser verificado mediante a hipotética substituição de sua conduta e constatação acerca do mesmo transcurso causal até o crime.

Por corolário, o agente provocador é figura que deve ser evitada, haja vista deslegitimar toda a persecução penal por excesso na atuação do policial. Trata-se, destarte, de ação desautorizada pelo Estado, que enseja nulidades a atuação estatal e a possível responsabilidade criminal da autoridade que assim procede (Lei 13.869/2019, art. 9º, *caput*)[10].

Do agente disfarçado

O agente disfarçado contemplado na Lei 13.964/2019, referido em três

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

9 ALVES, Manuel João; Gonçalves, Fernando; VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. Lei e crime. O agente infiltrado versus o agente provocador. Os princípios do processo penal. Coimbra: Editora Almedina, 2001. pg. 264

10 Neste sentido: "São exemplos de prisões ilegais no Brasil:
(...)
Do mesmo modo o chamado flagrante forjado, compreendido como a detenção decorrente de manipulação das circunstâncias pela autoridade para fingir que alguém praticou um crime, destinada a prendê-lo em flagrante delito, como por exemplo, policial que coloca drogas no veículo de alguém para falsear um flagrante delito." (SOUZA, Renee do Ó. Comentários à Nova Lei de Abuso de Autoridade. Salvador: Juspodivm. 2020, p. 70.).

momentos específicos, afigura-se tratar-se de figura jurídica sem precedente na legislação, razão pela qual nos parece recomendável um breve levantamento doutrinário comparado, indicativo de uma terceira modalidade de *ação encoberta* dos agentes estatais.

Nessa toada, o autor português Manuel Augusto Alves Meireis[11] apresenta uma proposta de dissociação do agente infiltrado e agente encoberto – que, adianta-se, muito se aproxima da novel figura do agente disfarçado. Para o autor, o agente infiltrado é caracterizado, sobretudo, pela confiança que conquista dos membros da organização criminosa. Na infiltração de agentes, a relação entre o agente infiltrado e o grupo criminoso é imprescindível para a revelação da tessitura criminosa, os planos delitivos, o funcionamento e a identidade dos membros. Lado outro, ainda em consonância com MEIREIS, o *agente encoberto* diferencia-se pela ausência de envolvimento prévio do agente com o grupo criminoso. Noutras palavras, o agente não provoca o acontecer típico e tampouco cativa a confiança do grupo criminoso.

A doutrina espanhola também tem uma concepção tripartida de ações investigativas com agentes cujas identificações mantém-se dissimuladas. Joaquim Delgado explica, dentre elas, a figura da *ação encoberta.* Para o autor, o *"agente meramente encoberto"* é aquele que, sem revelar sua real identidade, em trabalho de rotina, investiga crimes sem precisar se envolver ou ganhar a confiança dos integrantes do grupo criminoso. O autor espanhol, ainda, concebe a conceituação do "agente encoberto infiltrado", que corresponde ao nosso agente infiltrado, podendo ocorrer com ou sem identidade falsa e, por fim, o "agente provocador", já estudado alhures[12].

Dada as semelhanças com as disposições da Lei 13.964/2019, infere-se que o agente disfarçado, com as adaptações à tradição jurídica do Brasil, corresponde à ação encoberta da doutrina portuguesa e espanhola.

Importa, porém deixar destacado que o agente disfarçado, tal como concebido pela Lei 13.964/2019 não pode ser confundido com a uma mera "campana policial", técnica amplamente utilizada para realização de prisões em flagrante esperado. A campana é caracterizada pela vigilância, acautelamento e preparação de medidas preventivas plenamente válidas porque a atuação do agente policial não é interventiva e decisiva para a prática do crime. Neste sentido, sustenta Luiz Regis Prado[13]:

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

11 MEIREIS, Manuel Augusto Alves. O Regime das Provas Obtidas pelo Agente Provocador em Processo Penal, Coimbra, 1999, pg. 163 e 164

12 DELGADO, Joaquin. Criminalidad Organizada. J.M Bosch Editor, 2001, pg. 46-48.

13 PRADO, Luiz Regis. Curso De Direito Penal Brasileiro, Volume 1: Parte Geral, Arts. 1.° a 120. 7. ed. rev., atual., e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 476.

> Não há instigação ou induzimento por parte da autoridade policial: a decisão de delinquir parte exclusiva e livremente do autor. A autoridade policial apenas se prepara, por meio de providências acautelatórias, para surpreendê-lo quando da prática da infração penal (flagrante esperado). Nessa situação, apesar da intervenção policial, não há impedimento absoluto à concretização do plano delituoso do agente. Não se pode, portanto, falar em crime impossível, já que o bem jurídico poderá sofrer lesão ou perigo de lesão. Se o agente deu início à execução do delito, praticou tentativa punível. Inicia-se a realização da ação típica, e a presença da autoridade policial é circunstância alheia à sua vontade, que obsta a consumação do delito.

Mas a compreensão do agente disfarçado também reclama a análise distintiva a partir dos pressupostos mencionados na legislação que o concebe, a seguir estudados.

Presença de elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente

Para a validade da atuação do agente disfarçado deve haver a demonstração de provas em grau suficiente que indiquem que o autor realizou antes uma conduta criminosa, circunstância objeto da investigação proporcionada pelo disfarce. Há, portanto, uma relação utilitarista-consequencial entres esses elementos típicos. A investigação realizada pelo agente disfarçado, em razão da qualificada apreensão de informações proporcionada pelo disfarce, colhe elementos probatórios razoáveis acerca da conduta criminosa preexistente.

Caso a investigação descarte a conduta criminosa preexistente, ou seja, caso revele tratar-se de vendedor casual dos produtos ilícitos, não será possível responder pelos crimes especiais criados pela Lei 13.964/2019. Essa observação é crucial para compreender o instituto como uma aposta na atuação profissional dos investigadores policiais, em meio a um sistema de investigação criminal, e não simplesmente como um expediente capaz de levar ao alargamento de prisões de pessoas desvinculadas da prática de crimes.

Observe-se que este elemento normativo do tipo se caracteriza como uma condição *sine qua non* para a caracterização dos tipos penais em estudo e direciona-se à captura de informações anteriores à venda e entrega do produto pelo sujeito ativo, aptas a demonstrar sua prévia inserção na atividade

criminosa.

A *conduta criminosa preexistente* – que precisa restar comprovada -, deve manter um nexo com o crime de tráfico realizado porque são esses elementos probatórios que, ao cabo, dão sustentação ao recorte feito pelo legislador e permitem a sua caracterização típica sem que possa falar em flagrante preparado, além de assegurar que a conduta criminosa foi praticada de forma voluntária, livre e consciente. Dito de outra forma, são essas provas que dão suporte fático de que a droga/arma seria vendida para todo e qualquer usuário/comprador, nas mesmas circunstâncias de tempo, lugar, hora e modo, o que também assegura que a participação do agente disfarçado é neutra, um indiferente causal à prática delitiva.

A comprovação da conduta criminal preexistente assegura a neutralidade da participação do agente disfarçado. Essas provas é que devem indicar que agente disfarçado não criou o risco de realizar o comportamento proibido e nem de ter contribuído causalmente para o resultado, o que afasta a tipicidade objetiva de sua atuação, quando então deverá ser considerada verdadeira ação neutra.

Assim, quando um policial anonimamente tenta adquirir drogas de um usuário, que, exclusivamente em razão desse ato, obtém e repassa a substância ao proponente, resta caracterizada uma obra fruto de um agente provocador e consequentemente um caso de flagrante provocado.

Contudo, caso um policial disfarçado realize um prévio levantamento investigativo que indique que determinada pessoa exerce função de vendedor de drogas em pequenas quantidades (conduta criminal preexistente), sem que as mantenha consigo antes das propostas de compras, e realize com ela uma negociação pela substância, poderá, no momento da venda ou da entrega, efetuar sua prisão porque o crime, neste instante, resta caracterizado ante a realização dos elementos específicos do tipo, ainda que criminoso mantenha com ele exclusivamente a exata quantia de drogas comercializada. Observe-se que neste caso, não fosse a nova figura delitiva em estudo, não seria possível a prisão do traficante sequer pelos demais núcleos verbais vez que restariam descaracterizadas a voluntariedade acerca da posse da droga/arma envolvida na comercialização.

Esses elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistentes, colhidos na atividade investigatória realizada pelo agente disfarçado, além de reclamarem uma atividade investigativa relativamente elaborada, devem integrar o acervo informativo persecutório. Essas provas podem ser de toda espécie, como filmagens captadas em locais públicos, obedecidas as regras do novo art. 8º-A da Lei 9.296/1996, também acrescido pela Lei 13.964/2019, bem como testemunhais, inclusive de usuários que adquiriram antes o entorpecente do investigado.

Para a atuação do agente disfarçado, a exemplo do que faz quanto ao agente infiltrado, a lei não prevê, a necessidade de elaboração de um relatório circunstanciado que externe as suas atividades desempenhadas. Contudo, a fim de registrar de forma concatenada os atos investigativos realizados pelo agente disfarçado, é bem-vinda a elaboração deste tipo de documento. Como bem registram Joaquim Leitão e Bruno Barcelos Lima, a falta de regulamentação das formalidades para o registro do agente disfarçado pode ser superada mediante atuação supersionadora da autoridade policial. Sustentam os autores:

> Por isso, diante da ausência de procedimento e formalidade expressa a ser seguido na legislação pátria até que a doutrina e jurisprudência eventualmente elejam algum procedimento analogicamente para ter como regramento ou valer em parte (ou na pior das hipóteses de não se chegar a nenhuma eleição de procedimento por analogia), recomenda-se que em todas as hipóteses haja um controle rigoroso por parte da Autoridade Policial, que além de poder se valer desta técnica no exercício do cargo de delegado de polícia, poderá expedir ordem de serviço ou de missão policial para o emprego desta técnica, por outros policiais, observando-se as atribuições legais dos cargos e desde que observe os requisitos legais para a técnica do agente policial disfarçado[14].

Nada impede também que o próprio agente disfarçado seja ouvido como testemunha vez que prevalece na jurisprudência que a oitiva do policial se constitui em meio de prova idôneo a embasar um édito condenatório. Jurisprudência do STF trilha esta senda: “(...) não há irregularidade no fato de o policial que participou das diligências ser ouvido como testemunha. Ademais, o só fato de a testemunha ser policial não revela suspeição ou impedimento (STF, Habeas Corpus nº 76.557-6/RJ. Relator: Min. Marco Aurélio. 2º T., J. 04/08/1998).

Importa por fim anotar que a *conduta criminosa preexistente* não deve ser compreendida, necessariamente, como a prévia inserção do sujeito ativo do crime em uma organização criminosa (art. 2º, da Lei 12.850/2013), ou as-

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

14 BARCELLOS, Bruno Lima. LEITÃO JÚNIOR, Joaquim. A emblemática figura do agente policial disfarçado na Lei nº 13.964/2019 (Lei do Pacote Anticrime). In: Souza, Renee do Ó (Org.) Lei anticrime: comentários à Lei 13.964/2019. Belo Horizonte, São Paulo: D’Plácido, 2020, p. 100.

sociação criminosa (art. 288 do CP ou art. 35 da Lei 11.343/2003) ou mesmo em uma atividade criminosa em concurso de pessoas com divisão de tarefas (art. 29 do CP). Basta que ele tenha antes praticado atos parcelares ligados à mercancia ilícita que indicam sua habitualidade ou profissionalização delitiva.

Definição de agente disfarçado

De todo o exposto, à luz das normas contidas na Lei 13.964/2019, pode-se esboçar a definição de agente disfarçado como aquele que, ocultando sua real identidade, posiciona-se com aparência de um cidadão comum (não chega a infiltrar-se no grupo criminoso) e, partir disso, em meio a atividade investigatória-persecutória, coleta elementos que indiquem a conduta criminosa preexistente do sujeito ativo.

O agente disfarçado, embora atue mediante identificação oculta, não se insere incisivamente no seio do ambiente criminoso, motivo pelo qual não ressente de autorização judicial para atuar, e tampouco macula a voluntariedade na conduta delitiva do autor dos fatos.

Porque atua em meio uma atuação investigativa e repressiva, o agente disfarçado também não se confunde com o *agente de inteligência* que, conforme a 2ª Turma do STF, é entendido como aquele cuja atuação é preventiva e genérica, busca informações acerca de fatos sociais relevantes, sem integrar-se a um determinado grupo criminoso, independentemente do crime ter efetivamente se consumado (HC 147.837/RJ, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, datada de 26/02/2019).

Vale ressaltar a distinção entre agente disfarçado para o agente provocador feita por Vladimir Aras:

> O agente infiltrado ou o agente disfarçado é alguém que recolhe informações e se relaciona com o suspeito sem catalisar condutas criminosas; o agente provocador incita outrem a praticar um crime. Os primeiros são legítimos; o segundo é ilegítimo. Assim, a prova produzida a partir da atividade dos agentes infiltrados e agentes encobertos (não infiltrados) é admissível em juízo apenas se não tiver havido incitação policial ou *entrapment*[15].

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

15 ARAS, Vladimir. A Infiltração De Agentes Como Meio Especial De Obtenção De Prova. In: Altos Estudos Sobre a Prova no Processo Penal. SALGADO, Daniel de Resende. QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro. KIRCHER, Luís Felipe Schneider (Coordenadores). 2020. Salvador: Juspodvm. p. 372.

E continua explicando o autor:

> Na provocação (*entrapment*), o agente faz surgir a ideação ou deliberação e leva o suspeito a percorrer todo o *iter criminis* até a execução. A atuação do agente provocador é a verdadeira causa do crime, pois no sujeito provocado não existia qualquer vontade primária de praticar o ilícito nem tinha ele o objeto material da conduta ilícita. Este sim é um crime impossível, pela intervenção *ab initio* da força policial, antes da cogitação. Segundo o Tribunal Supremo da Espanha a prova assim obtida é ilícita, não existindo nem tipicidade nem culpabilidade. Diversamente, na infiltração, nas ações encobertas e nas *sting operations* legítimas, o dolo já existe, e a vontade do suspeito não foi viciada pelo Estado. Os suspeitos já desejavam e planejavam o crime, ou já haviam iniciado seus atos preparatórios[16].

Calha por fim trazer à tona o voto do Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul Jayme Weingartner Neto que identifica algumas diferenças entre o agente encoberto e o agente provocador, lições integralmente aplicáveis ao agente disfarçado:

> Distinta, entretanto, a figura do *agente encoberto.* O policial, que se faz passar por usuário (ocultando sua real condição de agente da lei) e adquire entorpecente para produzir prova da materialidade e colher informações úteis ou imprescindíveis no consequente processo penal, não age de forma a induzir o tráfico de drogas (que preexiste nas modalidades referidas), evidenciando-se, no suporte fático, que a droga seria vendida para todo e qualquer usuário que, preenchendo as mesmas condições de tempo, lugar, hora e modo, solicitasse ou manifestasse interesse na transação. Essa a figura que identifico no caso

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

16 ARAS, Vladimir. A Infiltração De Agentes Como Meio Especial De Obtenção De Prova. In: Altos Estudos Sobre a Prova no Processo Penal. SALGADO, Daniel de Resende. QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro. KIRCHER, Luís Felipe Schneider (Coordenadores). 2020. Salvador: Juspodvm. p. 375.

dos autos.

(...)

A figura do *undercover agent* é amplamente utilizada, há tempos, nos países da *Common Law.* Trata-se de comprar drogas e prender o vendedor (denominada "*buy-and-bust operation*") – o que é aceito, todavia, com fundamental ressalva, isto é, desde que não se caracterize o "*entrapment*".[17] Há um *leading case* no Canadá, uma decisão da Suprema Corte (R. v. Mack)[18] que fornece diretrizes para substanciar uma prática policial ilegal como "*entrapment*" (aplicando a "*doctrine of abuse of process"*). Não se trata, a rigor, de uma exceção substancial (a desfazer o injusto ou a culpabilidade), mas de preservar a regular administração da justiça e prevenir abusos. O abuso ocorre quando a polícia excede limites aceitáveis, como fornecer meios para oportunizar a ofensa a uma pessoa que não se comportava de maneira a fazer recair sobre si suspeita razoável de que já estivesse engajada em atividades criminais ou não fosse previamente objeto de regular investi-

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

17 A "armadilha", lavrada por um agent provocateur, não é reconhecida, como alegação defensiva, pelas Cortes inglesas, quando a situação indica que o réu (que, ao vender drogas para um policial, é preso em flagrante) ainda tinha liberdade de escolha para conduzir seus atos – por outro lado, a presença do "undercover agent" pode mitigar a pena. Já o "agente provocador" define-se como a pessoa que ativamente seduz (atrai, alicia), encoraja ou persuade alguém a cometer um crime que, de outra forma, não teria ocorrido, com o propósito de assegurar a respectiva condenação (Oxford dictionary of Law, 4ª ed, edited by Elizabeth A. Martin, Oxford/New York: Oxford University Press, pp. 164 e 19).

18 (1988) 44 C.C.C (3d) 513 (S.C.C), cfe. https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/391/index.do, acesso em 14/6/2016: Criminal law Defences Entrapment-Trafficking conviction Accused once an addict but had given up narcotics Police informer persistently requesting accused to sell drugs over lengthy period of time Informer threatening accused and offering large monetary inducement Whether or not stay of proceedings should issue on basis of entrapment Manner in which entrapment claim should be dealt with by the Courts. Trilho o caminho do "diálogo judicial internacional", fenômeno derivado das tradições constitucionais compartilhadas pelos países democráticos, inspirado em RAMIRES, Maurício. Diálogo judicial internacional: a influência recíproca das jurisprudências constitucionais como fator de consolidação do Estado de direito e dos princípios democráticos. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Tese de doutoramento, 2013.

> gação ("*a bona fide inquiry*"); ou, mesmo no curso de inquérito ou diante de suspeitas razoáveis, se a polícia ultrapassa a conduta de fornecer a oportunidade e induz o cometimento do crime. A barreira posta procura evitar/minorar o risco de que a polícia acabe atraindo para o ilícito pessoas que, de outra forma, não cometeriam crimes; e porque, no fim das contas, não é função estatal usar o poder de polícia para sair aleatoriamente pelas ruas testando a virtude das pessoas. Há uma série (não exaustiva) de dez fatores a considerar na apreciação dos casos concretos.[19] A Suprema Corte do Canadá assentou que a alegação de "*entrapment*" é muito grave, pelo que significa em termos de desvio estatal, sendo certo que a efetiva persecução penal (e o desenvolvimento de correlatas técnicas investigativas) é dever do Estado na proteção da sociedade, mormente em crimes de tráfico de drogas.[20] Daí que a exceção só deva reconhecer-se em casos claríssimos, nos quais a conduta policial tenha violado valores básicos da comunidade[21].

Cabe ainda observar a posição sustentada por Joaquim Leitão e Bruno Barcelos Lima de que somente podem exercer a função de agente disfarçado membros da polícia judiciária, dotados constitucionalmente de atribuições investigativas. Confira a lição dos autores:

> Partindo-se da premissa ou da máxima de que não existem palavras inúteis no texto da lei, quando o legislador ordinário fez a opção da redação em todos dispositivos supra "presentes elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente", em nosso pensar, quis conferir tão somente às Polícias Judiciárias estes múnus,

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

19 No caso em apreço, a prévia autorização judicial acarreta presunção de que havia razoável suspeita pesando contra o réu.

20 O paralelo com o quadro brasileiro parece bastante possível, inclusive pela especial reprovação constitucional ao tráfico de drogas (CF, artigo 5º, inciso XLIII), sem falar dos tratados internacionais e compromissos assumidos pelo Brasil.

21 TJRS. 1ª Câm. Criminal. Ap. 70068262138. Rel. Jayme Weingartner Neto. j. 10/08/2016. p. 23.

porquanto a expressão em evidência pressupõe a existência de investigação ainda que preliminar, a fim de ilustrar os elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente – e quem investiga, ao menos pela letra da Constituição Federal são as Polícias Judiciárias.

É intuitiva esta impressão quando se volta os olhos a redação dos dispositivos legais que fazem referência “[...] **a agente policial disfarçado, quando presentes elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente.**” Ora, a conclusão inarredável é de que essa dicção legal pressupõe a existência de investigação ainda que preliminar por parte das Polícias Judiciárias, a fim de ilustrar os elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente, lembrando que quem investiga em nosso ordenamento jurídico pela Constituição Federal são as Polícias Judiciárias[22].

Conclusão

O agente disfarçado é uma adequada resposta a atual sofisticação na prática de crimes de tráfico de armas e drogas, e indica que a atuação estatal de enfrentamento a esta criminalidade deve aperfeiçoar-se de modo a evitar que a dispersão desses produtos ilícitos seja feita por meio de transporte individual em pequenas quantidades[23].

Se é verdade que a legislação deve diferenciar adequadamente o grande

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

22 BARCELLOS, Bruno Lima. LEITÃO JÚNIOR, Joaquim. A emblemática figura do agente policial disfarçado na Lei nº 13.964/2019 (Lei do Pacote Anticrime). In: Souza, Renee do Ó (Org.) Lei anticrime: comentários à Lei 13.964/2019. Belo Horizonte, São Paulo: D’Plácido, 2020, p. 98-99.

23 Neste sentido, ainda é o voto do Desembargador Gaúcho acima citado: “A atuação de agentes policiais encobertos, neste horizonte e no atual quadro normativo, não ultrapassado o linde (já discutido) da Súmula nº 145 – consideradas as peculiaridades da intervenção concreta, especialmente em delitos de tráfico/associação, nomeadamente operações de aquisição de drogas de sujeito sobre o qual recai anterior e razoável suspeita de inserção criminosa, e no curso de investigação de boa fé – prescinde de autorização judicial, quando manifestada em fenômeno pontual, mas submete-se (ausente controle jurisdicional prévio) a estreita verificação “a posteriori” em termos de legitimidade e utilidade das informações e provas eventualmente obtidas” (TJRS. 1ª Câm. Criminal. Ap. 70068262138. Rel. Jayme Weingartner Neto. j. 10/08/2016. p. 26.).

e o pequeno traficante, não há dúvidas que o chamado *tráfico formiguinha* praticado por um exército de intermediadores do comércio ilícito (de armas e drogas), composto por pessoas que levam consigo pequena quantidade de drogas, estritamente encomendada pelo consumidor, devem ser alcançadas pela atuação penal de forma eficaz, razão pela o legislador lança mão de uma adaptação legislativa capaz de responder a essa nova prática criminosa.

Referências bibliográficas

ARAS, Vladimir. A Infiltração De Agentes Como Meio Especial De Obtenção De Prova. In: Altos Estudos Sobre a Prova no Processo Penal. SALGADO, Daniel de Resende. QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro. KIRCHER, Luís Felipe Schneider (Coordenadores). Salvador: Juspodvm. 2020.

ALVES, Manuel João; Gonçalves, Fernando; VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. Lei e crime. O agente infiltrado versus o agente provocador. Os princípios do processo penal. Coimbra: Editora Almedina, 2001.

BARCELLOS, Bruno Lima. LEITÃO JÚNIOR, Joaquim. A emblemática figura do agente policial disfarçado na Lei nº 13.964/2019 (Lei do Pacote Anticrime). In: Souza, Renee do Ó (Org.) Lei anticrime: comentários à Lei 13.964/2019. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020.

DELGADO, Joaquin. Criminalidade Organizada. J.M Bosch Editor, 2001.

FRANCO, Alberto Silva. Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial. 7a edição. São Paulo, RT, 2002.

HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. Comentários ao Código Penal, volume I, tomo II: arts 11 ao 27. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

MEIREIS, Manuel Augusto Alves. O Regime das Provas Obtidas pelo Agente Provocador em Processo Penal, Coimbra, 1999.

ORTEGA, Juan Jose López apud SILVA, Eduardo Araújo da. Organizações Criminosas: Aspectos Penais e Processuais da Lei 12.850/13. São Paulo: Atlas, 2015.
PRADO, Luiz Regis. Curso De Direito Penal Brasileiro, Volume 1: Parte Geral, Arts. 1.° a 120. 7. ed. rev., atual., e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

SOUZA, Renee do Ó. Comentários à Nova Lei de Abuso de Autoridade. Salvador: Juspodivm. 2020.

SUCESSÃO DE LEIS PROCESSUAIS PENAIS NO TEMPO E O PACOTE ANTICRIME

Rodrigo Régnier Chemim Guimarães[1]
Fábio André Guaragni[2]

SUMÁRIO

RESUMO

Expostos os critérios centrais de tratamento da sucessão intertemporal de leis no direito penal e no processo penal, o artigo rechaça a posição que preconiza sejam unificados. Separadas as regras de cada campo, conclui pela retroatividade em favor do imputado de regras processuais que tenham conteúdo material, bem como de regras mistas. Ao fim, aplica esta racionalidade a duas hipóteses de leis processuais penais com conteúdo material trazidas pela Lei 13.964/19: o art. 28-A, CPP, acordo de não persecução penal, e a nova natureza da ação penal pública para o estelionato, de caráter condicionado.

PALAVRAS-CHAVE: Pacote Anticrime. Acordo de não persecução penal. Estelionato. Sucessão de leis no tempo.

Introdução

Conquanto tradicional, o tema da sucessão de leis processuais penais no tempo continua a lançar dificuldades, tanto para os atores jurídicos como para a doutrina, em determinados campos de sua casuística. Dentre eles, avultam as situações em que a nova regra jurídica contempla aspectos não só processuais, mas de direito penal material. Nestes casos, os critérios para resolver a sucessão temporal de leis processuais e penais ora são indevidamente mesclados, ora empregados uns em lugar de outros.

Para ajustar o tratamento destas situações, é preciso identificar a natureza da regra trazida pela lei nova: penal, processual penal com conteúdo processual, processual penal com conteúdo material, mista. Depois, faz-se a incidência do art. 2o do CP ou art. 2o do CPP, conforme seja.

Amostras da dificuldade de manejo do tema foram renovadas recentemente, a partir de algumas das novas regras introduzidas pela Lei 13.964/19 (conhecida como “Pacote Anticrime”). Destacam-se as regras atinentes ao acordo de não persecução penal (artigo 28-A, do Código de Processo Penal) e à mudança da ação penal no crime de estelionato, que deixou de ser pública incondicionada, para ser condicionada à representação da vítima.

Para compreender a natureza dessas regras do Pacote Anticrime, então, é preciso retomar algumas compreensões a respeito da diferenciação entre regras de direito penal e de processo penal, estabelecendo os critérios para identificação das regras intermediárias (isto é, mistas, ou mesmo aquelas processuais com conteúdo material, acima mencionadas).

Num país que promove constantemente mudanças legislativas, o intérprete é exigido a dizer como ficam os processos em curso com a nova lei. Se não souber identificar a natureza da regra, acaba errando na interpretação de sucessão de leis no tempo, já que os critérios, dados pela lei brasileira em vigor, para interpretar uma regra de processo penal, são diferentes dos critérios para interpretar uma regra de direito penal material.

A proposta deste artigo, então, é de procurar organizar um pouco os conceitos e os critérios sugeridos, testar alguns deles e verificar quais são os mais adequados à realidade legislativa brasileira, estabelecendo parâmetros mais claros de diferenciação.

Não se tratará aqui da doutrina mais tradicional[3] que considera que as regras de processo penal jamais possuem conteúdo material. Essa interpretação está absolutamente descompassada com o entendimento predominante[4] e com a severidade de algumas regras processuais com conteúdo material que merecem um tratamento equivalente ao direito penal material em tema de sucessão de leis no tempo. A questão é saber qual critério se utilizará para dizer quando se está diante de uma regra dessa natureza. Esse é o ponto que merece

urgente uniformização teórica e jurisprudencial.

1. Nota inicial comparativa sobre a sucessão temporal de leis no CP e no CPP.

É de conhecimento geral que o art. 5o, XL, CR, replicado no art. 2o, caput, CP, define a irretroatividade da lei penal como regra. Para cada crime praticado, vale a lei que vigorava quando da respectiva prática – *tempus regit actum*[5].

A irretroatividade da lei penal mais gravosa se funda na segurança jurídica necessária para que as pessoas conduzam seus comportamentos sociais sem serem surpreendidas pelo poder-dever punitivo estatal. A irretroatividade da lei penal é um braço de operação do princípio da reserva legal, voltado à máxima de orientar cada um ao que pode e não pode fazer, bem como a saber o que acontece se fizer o que não pode[6]. Neste sentido, serve à realização de parte da função de garantia[7] que a lei penal cumpre em favor do cidadão, pela vertente do *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia.*

Excepcionalmente, poderá a lei penal retroagir nos casos em que seja mais benéfica para o cidadão *(lex mitior),* quando comparada ao regime que vigorava quando da prática do delito (cuja data é definida pela atividade delitiva, ex vi art. 4o, CP). Abre-se, então, a possibilidade de se usar, para um crime, lei que não vigorava ao seu tempo. São duas as exigências para tanto: a) que a lei seja posterior à ação criminosa; b) que seja melhor para o sujeito ativo do delito, quando comparada à lei vigente quando da ação. Repare-se que a retroatividade da lei, neste caso, não promove insegurança jurídica para o cidadão, eis que – *grosso modo* – amplia seu campo de liberdade. Por isso, não há colisão com o princípio da reserva legal. Cuide-se, porém, que este não é o fundamento da retroatividade da lei melhor. Com efeito, o princípio da reserva legal não obsta a retroação da *lex mitior*, porém não lhe dá fundamento.

Qual é o motivo pelo qual a lei posterior mais benéfica retroage? Muitos não refletem sobre este ponto. Simplesmente cumprem os preceitos normativos correlatos, em modo automático. Mas se trata de ponto crucial: nele, habita a chave que abre a compreensão necessária para a solução de situações

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

5 Sobre a transposição desse brocardo para o processo penal, notadamente para a explicação da imediatidade e irretroatividade, vide MAZZA, Oliviero. La Norma Processuale Penale nel Tempo. Trattato di Procedura Penale, volume 1 (diretto da Giulio Ubertis e Giovanni Paolo Voena), Milano: Giuffrè, 1999, pp. 117 e ss.

6 JAÉN VALLEJO, Manuel. Principios constitucionales y derecho penal moderno. Buenos Aires: Ad Hoc, 1999, p. 24.

7 TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios Básicos de Direito Penal. 4a. ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 22.

em zonas cinzentas. A ratio da retroatividade da lei mais benéfica radica no princípio da igualdade – inclusive em seu esteio constitucional (art. 5o, I). A meta é produzir isonomia de tratamento[8]. No âmbito do C. STF, o fundamento tem sido empregado em votos do Min. LUIZ FUX, v.g. STF HC 119067 MC/PR – PARANÁ, MEDIDA CAUTELAR NO HABEAS CORPUS, Julgamento: 28/08/2013:

> "O princípio da isonomia impede que dois sujeitos sejam apenados de forma distinta apenas em razão do tempo em que o fato foi praticado, porquanto a valoração das condutas deve ser idêntica antes e depois da promulgação da lei, exceto nos casos em que a legislação superveniente seja mais gravosa. A lei, expressão da democracia e garante das liberdades individuais, não pode ter a sua incidência manietada quando se trata de favorecer os direitos fundamentais, sendo esse o caso da *novatio legis in mellius.*

De fato, quando os sistemas de representação popular legislativa minoram as consequências de uma infração penal, através de *novatio legis in mellius*, ou as extirpam do universo jurídico-penal, através de *abolitio criminis,* fazem-no de modo a traduzir uma nova percepção do abalo ou impacto provocado pelo comportamento ilícito no tecido social[9] [10]. Ora, tem-se a cristaliza-

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

8 Assim, NAPPI, Aniello. Manuale di Diritto Penale. Milano: Giuffrè, 2010, p. 43, aludindo ainda ao fato de que é justamente da isonomia que arrancam os limites da retroatividade da lei mais favorável; MANTOVANI, Ferrando. Diritto Penale. 3a ed. Padova: Cedam, 1996, pp. 118-119; FIANDACA, Giovanni e MUSCO, Enzo. Diritto Penale. Parte Generale. 3a. ed. Bologna: Zanichelli, 1995, reimp. 2001, p. 74; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro e SLOKAR, Alejandro. Derecho Penal. Parte General. Buenos Aires: Ediar, 2000, p. 115; mencionando razões de equidade ou igualdade de tratamento, somadas à razões humanitárias e de liberdade, REGIS PRADO, Luiz. Curso de Direito Penal Brasileiro. Vol. 1. 8a. ed. São Paulo: RT, 2008, p. 184. Anote-se que é comum o apelo a outros fundamentos, não excludentes do adotado, como razões de justiça (a nosso juízo, vazio de fundamento: é preciso haver um porquê) ou um princípio geral de liberdade (v.g., COSTA, José de Faria. Noções fundamentais de Direito Penal. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 85).

9 Novamente, REGIS PRADO, Luiz. Curso de Direito Penal Brasileiro. Vol. 1. 8a. ed. São Paulo: RT, 2008, p. 184.

10 Sob um puro olhar deontológico, é o anverso da ideia de que a racionalidade ética da criminalização primária de uma conduta radica no seu caráter "danoso desde a perspectiva dos interesses gerais, e não desde interesses exclusivos de certos grupos sociais", cf. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. La racionalidad de las leyes penales. Madrid: Trotta, 2003, p. 144. Sem embargo, somos sabedores de que, entre o ideal deontológico da democracia representativa e as práticas reais de mudanças legislativas, vai um abismo. Basta rememorar a madrugada em que as Dez Medidas de Combate à Corrupção, en-

ção de um olhar social sobre o fato que o reputa merecedor de respostas mais abrandadas. Ora, de que a resposta nem seja penal.

Quando passa a haver um abrandamento no tratamento penal de todos os praticantes de uma dada conduta típica, ou mesmo sua extirpação do horizonte penal, os que a praticaram pouco antes, ainda aguardando resposta penal ou já sob execução de sentença, devem ser contemplados com o novo olhar, mais tênue em efeitos, dirigido à generalidade das pessoas. Não teria sentido tratar com mais gravame uns poucos, que praticaram o fato antes da transição de tratamento legislativo, e com mais brandura os demais. Afinal, a nova lei consolida uma modificação do olhar social acerca da magnitude de lesão provocada pelo comportamento, comunicado mediante a novel resposta havida como proporcional. Se proporcional, em tese, para todos os praticantes, aqueles que realizaram o evento sob a regência do regime jurídico derrogado não podem por ele serem atingidos. Acaso fossem, constituiriam um grupo tratado sem isonomia em relação aos hodiernos praticantes da conduta, com um gravame não mais havido como necessário à resposta penal reputada suficiente à prevenção e repressão da espécie delitiva (observados, aqui, os postulados pluralistas de teorias da pena adotados no art. 59, caput, CP).

A título de exemplo: quando a Lei 11.106/05 derrogou o art. 240, CP, que previa o crime de adultério, o legislador cristalizou uma mutação na percepção do tecido social sobre o fato.[11] A partir dali, o Congresso reconheceu que – para a generalidade das pessoas -, o ilícito poderia ter repercussões extrapenais, de caráter civil, porém não de traço penal. A *abolitio criminis* consolidou na lei a própria modificação do juízo de censura social acerca do evento,

---

viadas ao Congresso por mecanismo de iniciativa popular, foram desfiguradas. Como referências, os Portais da Folha de São Paulo e G1 Globo: https://www1.folha.uol.com.br/poder/2016/11/1836979-na-madrugada-camara-fulmina-pacote-anticorrupcao-do--ministerio-publico.shtml e http://g1.globo.com/politica/noticia/2016/11/camara-dos--deputados-conclui-votacao-de-medidas-contra-corrupcao.html.

11 Se todas as leis penais têm – ou devem ter - uma fonte pré legislativa, trata-se de antiga questão. Esta sugestão de base sociológica (consagrada em Liszt) desafiou o positivismo jurídico (representado no pensamento de Binding) na segunda metade do século XIX (para uma boa síntese deste debate, GIUSINO, Manfredi Parodi. I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale. Milano: Giuffrè, 1990, pp. 13-18; também GOMES, Luiz Flávio e YACOBUCCI, Guillermo Jorge. As grandes transformações do direito penal tradicional. São Paulo: RT, 2005, pp. 78-79). Foge às metas do texto explorar a questão, exceto pela afirmação de que a ausência desta base insta indesejável retorno aos postulados de um positivismo jurídico duro. A democracia representativa harmoniza-se com um Poder Legislativo que funcione como caixa de ressonância de demandas populares, observados os postulados de tolerância e respeito à diferença. Especificamente quanto ao poder de punir, tem sua operação demarcada pelo próprio povo que, através de seus representantes, confina o campo de livre exercício de comportamentos que repute danosos. É a condição de legitimidade do direito penal nos Estados democráticos de direito: a ideia de que o povo, através dele, limita a sua própria liberdade, na perspectiva de beneficiar-se quanto ao direito fundamental de segurança, necessário para a fruição de bens jurídicos, tradutores dos direitos fundamentais, na sua pluridimensionalidade.

num horizonte de relações afetivas mais fluidas, menos marcado por uma moral familiar tradicional. Dali em diante, ninguém mais (novos ou antigos praticantes da conduta) pôde ser atingido por sanção penal derivada da prática de adultério. Não teria sentido manter excepcionalmente a execução penal de alguns que cumpriam pena, ou dar continuidade às ações penais privadas movidas à altura contra adúlteros, quando para ninguém, em tese, caberia resposta estatal similar. Enfim, trata-se de clara manifestação do princípio da isonomia.

É evidente que não se atingem aqueles quanto aos quais a consequência penal já produziu a integralidade dos seus efeitos – pessoas que já executaram as penas, sob o regime mais gravoso. Porém, no mais, todos devem ser alcançados pelo olhar mais benévolo, em corolário da ideia de igualdade ou isonomia de tratamento.

Diferente do fundamento da retroatividade da lei penal material mais benéfica, que é a igualdade de tratamento a comportamentos (atos voluntários) lícitos ou ilícitos, o processo penal não regula comportamentos nessa chave psicológica. Os atos processuais não exigem e não são valorados a título de "dolo" ou "culpa". O direito processual penal regula atos processuais, isto é, estabelece rituais, prescreve as formas, as maneiras pelas quais se promoverá a verificação de "se" e "como" um comportamento de alguém – ali considerado em tese como criminoso – foi realizado no passado. Alguns atos processuais até podem exigir uma voluntariedade dos atores envolvidos em sua realização, mas não necessariamente. Como recorda Oliviero Mazza:

> "as operações com as quais vem realizada uma notificação, uma prisão, uma busca e apreensão, uma interceptação de comunicação telefônica, são consideradas válidas, se realizadas conforme o modelo normativo, mesmo que o encarregado tenha agido em estado de inconsciência"[12].

Assim, o que os atos processuais têm em comum é que eles são "atos físicos causados pelo homem segundo um modo de proceder estabelecido pelas regras"[13]. No mesmo sentido, a lição de Franco Cordero em seu *Procedura penale*[14]*:*

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

12 MAZZA, Oliviero. La Norma Processuale Penale nel Tempo. Trattato di Procedura Penale, volume 1 (diretto da Giulio Ubertis e Giovanni Paolo Voena), Milano: Giuffrè, 1999, p. 13, tradução nossa.

13 MAZZA, Oliviero. La Norma Processuale Penale nel Tempo. Trattato di Procedura Penale, volume 1 (diretto da Giulio Ubertis e Giovanni Paolo Voena), Milano: Giuffrè, 1999, p. 14, tradução nossa.

14 CORDERO, Franco. Procedura Penale. 8ª ed., Milano: Giuffrè, 2006, pp. 359-360,

> "As notificações têm uma história legal. No modelo que se segue conta apenas o aspecto formal. O legislador impõe determinadas formas, sob o pressuposto estatístico que garantam bons êxitos cognitivos, mas no caso concreto não importa o evento mental. (...) Os sistemas positivos impõem mecanismos formais: o processo não é subordinado a fantasmas mentais; todo chicaneiro teria jogo fácil se fosse pedido o efetivo conhecimento".

E, de forma mais detalhada, o mesmo Franco Cordero, agora no *Guida alla procedura penale:*

> "Identificação da testemunha, juramento, perguntas, respostas, ao contrário, compõem um ato. O processo é uma sequência de atos. (...) Nos termos nos quais os definem os privatistas e os penalistas, o ato é um movimento corpóreo (ou ainda um não-movimento) voluntário: sob determinados limiares psíquicos, falta um comportamento; não chamamos de "ofertante" quem eleva a mão num leilão porque lhe cutucaram, ainda que no código semiótico a tenha praticado, já que esse é o sentido atribuído a esse gesto; nem comete falso o subscritor cuja mão tenha sido coagida ao movimento gráfico. À exceção de alguns atos processuais, o interno parece irrelevante: "não existe" juridicamente a sentença emitida no sono; porém, se o sonâmbulo fosse um Oficial de Justiça e, dormindo, certificasse alguns papéis, ninguém levantaria dúvidas sobre a validade do acontecido; idem a respeito da prisão ou em experimentos. (...) Formulamo-lo assim: é "ato" cada emissão verbal ou gesto regulado pelas regras sobre o processo; se nele existe ou não um elemento psíquico, depende do respectivo

---

tradução nossa.

modelo."[15]

Com uma perspectiva complementar à de Cordero, James Goldschmidt diferencia as consequências de não observância das regras, sob o prisma subjetivo, estabelecendo que no processo penal somente se pode falar de um "erro ao aplicar o direito e nunca de uma ação culpável". A infração da lei processual penal gera nulidade do ato e não um delito. Sob o ponto de vista do processo, diz Goldschmidt, as condutas do juiz e das partes não são "jurídicas" ou "antijurídicas", mas sim "corretas" ou "incorretas"[16].

De resto, ainda seguindo a trilha do processo como situação jurídica, na lição de James Goldschmidt, enquanto o direito penal material é estático, o processo é dinâmico[17]. O "processo" é um "caminhar para frente" que se realiza depois de um fato tipificado como crime ter se realizado. E, ainda, como recorda Carnelutti, a distinção entre direito penal e processo penal também pode ser lida, "em sua pureza", como uma diferença entre "o direito enquanto se faz" e "o direito depois do que já se fez"[18]. Assim, a lei processual penal "não está redigida nem como um mandamento, nem como um *status*, nem, tampouco, está escrita como uma delimitação jurídica para determinar a ilicitude da conduta humana"[19]. Ela não se aplica aos comportamentos delitivos passados, mas sim aos ritos que, ou são realizados no presente, ou no futuro. Os atos processuais são, portanto, dinâmicos, propulsivos, lineares, orientados ao futuro e seguem um *iter*. Normalmente seguem o padrão de se tornar irreversíveis quando realizados observando a regra para eles prevista. E, assim, a lei nova de processo penal se orienta pelo princípio de eficácia das novas leis em geral e pela preservação dos atos jurídicos perfeitos e válidos. Vem daí, respectivamente, as ideias de imediatidade e irretroatividade que norteiam o artigo 2º, do Código de Processo Penal, o qual não exige análise de

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

15 CORDERO, Franco. Guida alla procedura penale, Torino: Utet, 1986, pp. 183-184, tradução nossa

16 GOLDSCHMIDT, James. Derecho, Derecho Penal y Proceso. III. El proceso como situación jurídica. Una crítica al pensamento procesal. Tradução para o espanhol de Jacobo López Barja de Quiroga; Ramón Ferrer Baquero e León García-Comendador Alonso. Madrid: Marcial Pons, 2015, pp. 313 e 314.

17 GOLDSCHMIDT, James. Derecho, Derecho Penal y Proceso. III. El proceso como situación jurídica. Una crítica al pensamento procesal. Tradução para o espanhol de Jacobo López Barja de Quiroga; Ramón Ferrer Baquero e León García-Comendador Alonso. Madrid: Marcial Pons, 2015, pp. 256 e ss.

18 CARNELUTTI, Francesco. Lecciones sobre el processo penal. Volume 1. Tradução para o espanhol de Santiago Santís Melendo. Buenos Aires: El Foro, 2002, p. 57.

19 COUTURE, Eduardo J. Interpretação das Leis Processuais. 4ª ed., tradução de Gilda Maciel Corrêa Meyer Russomano, Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 18.

comparação da lei nova com a lei velha para verificar se a nova é melhor ou pior para o réu. Nem há comando constitucional que assim o determine.

Assim, à luz da imediatidade e a irretroatividade, novas regras processuais penais são aplicadas aos processos em curso tão logo entrem em vigor, na fase em que se encontram os processos, sem a necessidade de refazer atos processuais realizados com base na lei velha, que continuam válidos. A regra nova incidirá sobre o processo em curso desde que a etapa ou ato a que se refere já não tenha sido superado sob a vigência da lei antiga. Acaso já ocorrido o ato, prevalece o regime anterior; se ainda pendente de realização, reger-se-á pela lei nova.

Já o artigo 2º, do Código Penal, impõe uma análise comparativa das novas regras de direito penal com as regras velhas: se melhores para quem já realizou um comportamento delitivo quando da entrada em vigor das novas regras, elas retroagem, inclusive desconstituindo coisa julgada (letra expressa do art. 2o, parágrafo 2o CP); se piores para o réu, passam a valer apenas para novos crimes que vierem a ser cometidos. Daí se dizer que a *lex mitior* é ativa (atingindo os crimes posteriores ao início de sua vigência) e retroativa (atingindo também os anteriores), enquanto a *lex gravior* é só ativa.

Por vezes algumas leis novas estabelecem critérios específicos para a sucessão de leis processuais no tempo. Um exemplo marcante ocorreu com a “Lei de Introdução ao Código de Processo Penal” (Decreto-lei nº 3931, de 1941), ao trazer critérios específicos para aplicação do novo Código em tema de sucessão de leis no tempo. Ela promoveu algumas ressalvas para os processos em curso, por exemplo: a) para os casos de prisão preventiva e fiança, fez prevalecer a regra mais favorável; b) considerou que os processos com instrução iniciada deveriam seguir sob o rito velho. Exemplo mais recente é o da Lei 9099/95, que, em seu artigo 90, estipulou que ela não se aplicaria para os processos com instrução já iniciada.

Porém, na maioria dos casos, a sucessão de leis não é marcada por regras de transição. No silêncio, valem os critérios gerais do art. 5º, XL, da Constituição de 1988, e dos artigos 2º, tanto do Código Penal, quanto do Código de Processo Penal.

Gizadas estas considerações iniciais sobre os critérios de tratamento da sucessão intertemporal de leis penais e leis processuais, cumpre discutir as diferenças entre as espécies.

2. A proposta da leitura “garantista” e alargada do conceito de “lei penal” da Constituição: o critério que acaba sendo um “não critério”.

De partida, cumpre rechaçar a posição que elimina a distinção entre as

regras penais e processuais penais, a partir de uma leitura inadequada do art. 5o da Carta Magna.

O inciso XL do artigo 5º da Constituição da República de 1988 estabelece que "a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu". Alguns autores propõem uma interpretação alargada da referência à "lei penal", para enxergar aqui também as regras processuais penais[20]. Outros, em leitura aproximada, invocam a teoria do garantismo penal para dizer que as regras processuais que trabalhem no plano das garantias devem ser lidas como equivalentes ao direito penal material. Nesse sentido, por exemplo, Paulo Queiroz e Antonio Vieira[21], Aury Lopes Jr.[22] e Luiz Flávio Gomes[23].

O argumento central desses autores, se lido apressadamente, é sedutor: "a lei deve cumprir sua função de garantia, de sorte que, por norma processual menos benéfica, se há de entender toda disposição normativa que importe em diminuição de garantias, e, por mais benéfica, a que implique o contrário: aumento de garantias processuais"[24].

No entanto, esse entendimento não pode ser adotado por uma série de argumentos.

De partida, o critério elimina a distinção, feita no bojo do Título II da Constituição, entre direitos, que têm caráter material, e garantias, de conteúdo processual[25]. Fossem categorias iguais, o citado Título II seria pleonástico[26].

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

20 Em sentido hermenêutico similar ao texto da Constituição portuguesa, a consagrada doutrina de TAIPA DE CARVALHO, Américo. Sucessão de Leis Penais. Coimbra: Coimbra Editora, 1990, p. 224.

21 QUEIROZ, Paulo; VIEIRA, Antonio. Retroatividade da Lei Processual Penal e Garantismo. In: Boletim IBCCRIM, nº 143, outubro de 2004, pp. 14-17.

22 LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 14ª ed., São Paulo: Saraiva, 2017, p. 113.

23 Nesse sentido, verbi gratia, GOMES, Luiz Flávio. Caso Nardoni: protesto por novo júri. Denegação pelo STJ. In: JusBrasil, 2013. Disponível em https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121931210/caso-nardoni-protesto-por-novo-juri-denegacao-pelo-stj, acesso em 11 de junho de 2020, verbis: "Lei processual que elimina um recurso do ordenamento jurídico tem também caráter material (penal), porque agora o que está em jogo não um simples direito processual, sim, um direito material, de ampla defesa"

24 QUEIROZ, Paulo; VIEIRA, Antonio. Retroatividade da Lei Processual Penal e Garantismo. In: Boletim IBCCRIM, nº 143, outubro de 2004, pp. 14-17, p. 14.

25 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 3a. ed. Coimbra: Almedina, 1997, p. 381, de modo sintético; BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Constitucional. 17a ed. São Paulo: Saraiva, 1996, pp. 210-211.

26 Não se desconhece o esforço retórico e circular que se tem procurado empregar para considerar as garantias também elas um "direito à garantia" (v.g. SARLET, Ingo Wolfgang. Notas Introdutórias ao Sistema Constitucional de Direitos e Deveres Fundamentais. In: GOMES CANOTILHO, J. J.; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz; MENDES, Gilmar Ferreira (Coordenadores). Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, pp. 183-212). Quando autores o ressaltam, é no sentido de que

A irretroatividade da lei penal, expressamente referida no art. 5o, XL, é regra constitucional que tange a direitos. Orbita no plano material. Daí, não ser extensível às garantias, que constituem categorias de direito processual. De fato, as garantias são instrumentais. Equipam o processo penal, caminho pelo qual o direito penal se realiza, segundo a direção acenada a partir da resolução do caso penal. Se o *accertamento* do caso penal se dá no sentido condenatório, restringem-se bens do imputado – relevando a liberdade ambulatória -, através da pena.

Nesta quadra, regras sobre direitos e deveres, no plano jurídico-penal, tocam diretamente a liberdade do imputado, para além de outros bens e interesses. Já as garantias tangem a liberdade do imputado de modo indireto ou reflexo, precisamente através do processo. São reflexos bastantes distintos, aos quais se retornará.

Em segundo lugar, ainda no espaço da matriz constitucional, a respectiva interpretação sistemática não permite colocar regras processuais – *rectius*, instrumentais – sob o “guarda-chuva” conceitual da expressão “lei penal”, nem a efeitos do art. 5o, XL, nem para outras consequências. Isto porque a própria Carta Magna distingue entre as categorias. Basta verificar outras disposições: por exemplo, o art. 22, I, CR, define a competência legislativa da União, circunscrevendo-a para as matérias de direito “civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho”. Fosse o processo penal algo agasalhado pela expressão “direito penal” ou “lei penal”, simplesmente não haveria – ali no art. 22 – alusão a direito processual. O art. 62, 1o, I, b, veda o emprego de medidas provisórias em para reger as matérias de “direito penal, processual penal e processual civil”. Para que aludir a processo penal se “direito penal” já o contempla? Bem, é porque não contempla.

Por fim, ainda no plano de exegese sistemática das regras constitucionais, é de se ver que a distinção terminológica habita no próprio artigo 5o: se o inciso XL diz acerca da “lei penal”, o inciso XII protege o direito à privacidade, ressalvando diligências na “investigação criminal ou instrução processual

---

o acesso ou uso efetivo da garantia é direito, cuja ausência a esvaziaria. Nada muda quanto ao fato de que os direitos têm dimensão material (direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade), e as garantias são instrumentais, visam assegurar esses direitos. Assim, por exemplo, a ampla defesa, o contraditório, a presunção de inocência, enfim, todas as garantias processuais penais de quem seja acusado de um delito, previstas no art. 5º da Constituição Federal, visam assegurar o direito de liberdade. De outra banda, as garantias processuais penais dadas às vítimas de crimes, de que o seu agressor pode ser preso em flagrante, que ele pode ter decretada contra si sua prisão preventiva; que é possível realizar interceptação de comunicação telefônica, que alguns delitos catalogados como hediondos merecem tratamento mais rigoroso; que se o Ministério Público ficar inerte a vítima poderá exercitar ação penal privada subsidiária, enfim, todas as garantias processuais de proteção das vítimas visam assegurar tanto seu direito à vida, quanto ao patrimônio e, de forma mais ampla, seu direito à segurança.

penal".

O legislador originário não aludiu distintamente a direito penal e processo penal como a inovar: simplesmente, guarneceu a Carta maior de uma sólida tradição distintiva entre direito material, substantivo, e processual ou adjetivo. Tradição que separa direitos de garantias. Dentre os primeiros, estão a irretroatividade da lei penal, a retroatividade da mais favorável, a humanidade e individualização das penas, a vedação de penas cruéis, infamantes e degradantes etc. No leque das segundas, o contraditório, a ampla defesa, o duplo grau de jurisdição etc.

Em terceiro lugar, desprezando as distinções conceituais demarcadas na Constituição, a ideia de que a expressão "lei penal" alberga regras processuais, no art. 5o, XL, equipara a potencialidade de comprometimento das liberdades públicas havida pelas regras de direito penal material com regras: a) de processo com conteúdo misto (que trazem uma parte de direito penal e outra de processo); b) regras de processo com conteúdo material (conquanto regras processuais, produzem impacto no campo do direito penal, tocando diretamente o direito de liberdade do imputado); c) e regras de processo que regulam garantias em sentido mais amplo (que são exclusivamente processuais).

É curial que o direito material não se equivale ao direito processual de garantia, em sentido amplo, em termos de invasividade na vida privada do imputado. Uma lei penal material que diga que uma conduta não é mais crime, nos termos do inciso III, do art. 107, do Código Penal, tem a potência de pôr fim ao processo em curso e exigir uma declaração de extinção da punibilidade do autor daquele comportamento, inclusive desconstituindo a coisa julgada de processos com condenação definitiva (art. 2º, parágrafo único do Código Penal). Agora, uma lei que diga que o réu pode arrolar dez testemunhas em vez de oito (como é hoje), não obstante seja uma lei mais garantista que a lei velha (já que amplia a defesa do acusado), não tem a mesma potência de pôr fim ao processo, extinguir a punibilidade do acusado ou desconstituir a coisa julgada de processos com condenação definitiva. Estão, por evidente, em patamares diferentes.

Assim, não parece correto colocar todas as regras no mesmo balaio hermenêutico. É preciso melhor delimitar os espaços de compreensão de uma regra em comparação à outra, até porque, praticamente, todas as regras no processo penal hoje podem ser lidas com as lentes das garantias constitucionais.

Em quarto lugar, é preciso verificar em que medida a vedação de excesso de intervenção estatal na vida privada, otimizada pela ideia de que a expressão "lei penal", no art. 5o, XL, CR, compreende também as leis processuais, permitiria suportar os *déficits* de atuação do sistema penal derivados. Afinal, como contraparte da proteção do réu frente a excessos estatais, emerge a necessidade de proteção das vítimas e da sociedade, na perspectiva da vedação

de proteção deficiente ou insuficiente. É tarefa do Estado realizar persecução penal proporcional e eficaz, como proclamado multiplamente pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Isto implica em não se omitir de realizar a tutela de bens jurídico-penais, através do devido processo legal[27].

Se todas as regras processuais penais fossem sempre interpretadas como se fossem equivalentes às regras de direito penal material, como pretende essa doutrina, nos termos da atual regra do parágrafo único do artigo 2º do Código Penal brasileiro, seguramente o sistema judicial brasileiro não resistiria ao caos gerado. Sim, pois se cada nova regra de processo penal editada que possa ser considerada mais benéfica para o réu tiver que retroagir desconstituindo coisa julgada, nos termos do que determina a atual lei penal material vigente, todos – frise-se: todos – os processos penais da história do país deveriam ser considerados nulos a cada nova lei processual penal que ampliasse alguma garantia do acusado.

Sim, todos! Afinal, diz a atual redação do parágrafo único do artigo 2º do Código Penal, que “a lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado”. São raras, senão inexistentes, mudanças legislativas processuais penais que não toquem garantias processuais. Afinal, as garantias processuais constitucionais encontram no horizonte do ordenamento infraconstitucional a minúcia para que se realizem nos casos concretos. E, nos últimos trinta anos não foram poucas as vezes em que a lei processual penal foi alterada para ampliar as garantias dos acusados. Vale recordar as mais relevantes, sem a pretensão de ser exauriente.

Em 1995, a Lei 9.099 criou os Juizados Especiais Criminais e previu regras processuais mais garantistas aos acusados. Para não falar da composição civil dos danos; da transação penal e da suspensão condicional do processo, que são regras efetivamente com conteúdo material, vale anotar a defesa prévia ao recebimento da denúncia e os prazos recursais mais amplos, incrementando a garantia do contraditório e do duplo grau de jurisdição, respectivamente.

Em 1996, a Lei 9.271 trouxe a suspensão do processo em caso de réu não localizado para ser citado pessoalmente, ainda que tenha condicionado essa suspensão à igual suspensão do prazo prescricional (art. 366, CPP). Repercutiu a garantia de ciência do conteúdo da acusação, como antecedente necessário da ampla defesa.

Em 2003, a Lei 10.792 alterou o procedimento do interrogatório do réu,

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

27 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 3a. ed. Coimbra: Almedina, 1997, pp. 375 e 377, especificamente quanto à tutela da vida.

exigindo defesa técnica, permitindo o contraditório e vedando a valoração negativa do silêncio do acusado.

Em 2007, a Lei 11.464 permitiu a liberdade provisória em crime hediondo ou equiparado, tendo o Supremo Tribunal Federal alargado ainda mais essa nova garantia para impedir a exigência de fiança como condição para colocação, em liberdade provisória, de quem comete crime hediondo ou equiparado.

Em 2008, a lei 11.689, alterou o rito do júri, simplificando, por exemplo, a quesitação, com a adoção do quesito genérico de absolvição, que favorece o acusado ao englobar todas as teses defensivas, permitindo que jurados votem pela absolvição por piedade.

Em 2008, a Lei 11.690, introduziu regras novas de caracterização da prova ilícita; vedou que a sentença seja baseada em provas exclusivas do inquérito policial, colhidas sem contraditório; e acabou com o sistema presidencialista de inquirição de testemunhas, dando protagonismo às partes.

Ainda em 2008, a Lei 11.719, alterou os ritos do Código de Processo Penal para deslocar o interrogatório do acusado para depois da inquirição das testemunhas, o que lhe ampliou a defesa, também prevendo a possibilidade de absolvição sumária, antes de iniciada a instrução.

Em 2009, a Lei 11.900 previu a possibilidade de realização de interrogatório por videoconferência, o que pode ser lido como mais benéfico ao réu, pois é melhor falar por videoconferência ao juiz que vai julgá-lo, do que falar pessoalmente a juiz estranho, por precatória. Deu-se um incremento da garantia de audiência e da identidade física do juiz.

Em 2011, a Lei 12.403 inseriu no Código de Processo Penal nove medidas cautelares diversas da prisão; mudou os critérios para prisão preventiva, regulou a possibilidade de prisão domiciliar para maiores de 80 anos, doentes, cuidadores de deficientes e gestantes.

Em 2013, a lei 12.850 melhor regulamentou a colaboração premiada, lida aqui como mais uma possibilidade de defesa do acusado, e criou possibilidades, mediante negociação com o Ministério Público, do acusado ter diminuída sua pena ou até mesmo evitar a acusação.

Em 2015, a Resolução 213, do CNJ, regulou a audiência de custódia, com força de lei, para todos os presos em flagrante.

Em 2016, a Lei 13.245 incluiu o inciso XXI, no artigo 7º, do Estatuto da OAB, para assegurar que os interrogatórios no curso da investigação contassem com a presença do advogado do investigado, sob pena de nulidade absoluta, bem como para ampliar a participação dos advogados dos investigados no curso da investigação.

Em 2016, a Lei 13.257 ampliou as hipóteses de prisão domiciliar para mulheres com filhos até 12 anos incompletos e para homens que fossem os únicos responsáveis pelos cuidados de filhos nessa mesma idade.

Em 2017, a Lei 13.434 proibiu o uso de algemas em mulheres grávidas durante o parto e durante o período de puerpério imediato.

Em 2018, a Lei 13.769 possibilitou que a prisão preventiva de mulheres gestantes ou com crianças ou pessoas com deficiência fosse substituída por prisão domiciliar.

Em 2019, o Pacote Anticrime (Lei 13.964), mudou a regra da ação penal no estelionato, transformando de pública incondicionada em pública condicionada; mudou critérios de prisão preventiva; estabeleceu necessidade de revisão periódica da prisão preventiva; criou o juiz das garantias; determinou o desentranhamento físico do inquérito policial após o recebimento da denúncia; criou o acordo de não persecução penal; regulou novo modelo de arquivamento de inquérito policial; regrou a cadeia de custódia da prova e introduziu novas garantias para os acordos de colaboração premiada.

É claro que nem todas essas novas regras processuais mais benéficas ao réu provocariam uma nulidade processual plena em todos os casos, considerando que algumas delas tocam apenas em medidas cautelares e, nesse ponto, teriam alcance restrito a esse tema. Porém, nos termos da sugestão doutrinária que leva qualquer regra de garantia à regra de regência do art. 2o, CP, proclamando espécie de não recepção do art. 2o, CPP, pela CR de 1988, algumas das mudanças acima referidas teriam impacto na validade do processo como um todo. Assim, se o critério sugerido por estes doutrinadores tivesse sido aplicado ao longo desses anos todos, teríamos as situações a seguir descritas.

Em 1995, todos os processos da história do país envolvendo delitos com penas máximas iguais ou inferiores a dois anos, ou contravenções penais, ou com penas mínimas iguais ou inferiores a um ano, deveriam ter sido anulados. Os casos que não estivessem alcançados pela prescrição, contada da data do fato, seriam retomados. O resto, esquecido. Não foi isso que aconteceu, pois a lei 9099/95 previu, em seu artigo 90, que “as disposições desta Lei não se aplicam aos processos penais cuja instrução já estiver iniciada”. Essa regra, nos termos da doutrina acima referida, seria inconstitucional, mas a jurisprudência a considerou válida.

Em 1996 deveríamos ter tido nova revisão dos processos, e deveriam ter sido anulados todos aqueles que decretaram a revelia dos acusados mediante não comparecimento após citação editalícia. Todos os condenados que estivessem cumprindo pena em razão de processos nessas condições, deveriam ter sido imediatamente libertados. Os casos que não estivessem alcançados pela prescrição, contada da data do recebimento da denúncia, seriam retomados. O resto, esquecido. Não foi isso que aconteceu, pois a nova regra do art. 366, do Código de Processo Penal, foi considerada uma regra de conteúdo misto, ou seja, uma regra que possui uma parte de processo (que previa a suspensão do processo) e outra de direito penal (que previa a suspensão da prescrição).

Neste caso, sendo uma mesma e única regra, foi considerada, pelos Tribunais Superiores, a necessidade de se observar a manutenção de sua integridade, não podendo ser cindida para retroagir apenas a parcela processual penal. No todo, a primeira parte teria caráter processual, de aplicação imediata, e a segunda parte teria traço penal, mais gravoso (causa suspensiva de prescrição). A partir daí, nos termos da jurisprudência consolidada no STJ, preponderou o aspecto penal material para presidir a solução: a nova regra se aplicou apenas para novos crimes ocorridos após sua vigência, já que sua parcela de direito material (suspender o prazo prescricional) era mais gravosa aos acusados se comparada à lei velha.

Em 2003, em razão de novas regras mais garantistas de interrogatório do acusado, deveríamos ter tido ampla e geral declaração de nulidade de todos os processos que já tramitaram na história do país, bem como daqueles que já tivessem ultrapassado a fase do interrogatório do réu, que, à época, se dava como primeiro ato de instrução. Todos os condenados que estivessem cumprindo pena, deveriam ter sido imediatamente libertados. As penitenciárias, todas, imediatamente esvaziadas. Os casos que não estivessem alcançados pela prescrição, contada da data do recebimento da denúncia, seriam retomados. O resto, esquecido.

Em 2008, deveríamos ter tido mais uma nova, ampla e geral declaração de nulidade de todos os processos que já tramitaram na história do país e que ainda não tivessem sido anulados pela lei de 2003, pois os ritos novos passaram a ser mais benéficos ao réu, em particular com o deslocamento do interrogatório do réu, de primeiro para último ato de instrução. Novamente, todos os condenados que estivessem cumprindo pena por casos cometidos e julgados definitivamente depois da grande soltura de 2003, deveriam ter sido imediatamente libertados. As penitenciárias, mais uma vez, todas, imediatamente esvaziadas. Os casos que não estivessem alcançados pela prescrição, contada da data do recebimento da denúncia, seriam retomados. O resto, esquecido.

Em 2016, todos os casos nos quais o investigado foi ouvido na fase pré-processual sem a presença de seu advogado deveriam ser considerados nulos. Assim, mais uma vez, todos os condenados cumprindo penas em regime fechado, que se encaixassem nessas condições, deveriam ser colocados em liberdade. Os processos anulados integralmente seriam retomados apenas quando não se verificasse a prescrição, contada da data do fato.

E agora, em 2020, caso o Ministro Fux não tivesse suspendido a validade das regras que introduziram o juiz das garantias, e sempre levando em conta o critério da doutrina referida, teríamos novas, ampla, geral e irrestrita, declarações de nulidade de todos os processos que já tramitaram na história do país (salvo os de menor potencial ofensivo) e que ainda não tivessem sido anulados pelas leis anteriores, pois a criação do juiz das garantias, que vale

para todos os casos (à exceção das infrações de menor potencial ofensivo), é mais benéfica ao réu. As penitenciárias, pela terceira vez nos últimos 17 anos, deveriam ter sido, todas, imediatamente esvaziadas. Os casos que não estivessem alcançados pela prescrição, contada da data do fato, seriam retomados. O resto, esquecido.

E assim seguiríamos a cada nova lei processual penal mais garantista. E elas virão, seguramente, já que o esforço doutrinário predominante no Brasil é de ampliar, cada vez mais e sempre, as garantias do investigado/acusado. Vale recordar, por exemplo, que há um projeto para novo Código de Processo Penal tramitando no Congresso Nacional, e nele estão previstas novas garantias ao acusado. Nova nulidade de tudo? É o que, na prática e de lege lata, com a maior das boas intenções, pregam esses autores. Seguir-se-ia um quadro caótico, culminando na evidente violação do princípio de vedação de proteção insuficiente, comandado ao ente estatal na esfera processual penal[28].

Diante desse quadro, é preciso trabalhar para diferenciar as regras penais puras, regras processuais penais puras, regras de conteúdo misto ou variado e regras processuais penais com conteúdo material. É o que se passa a expor.

3. Critérios para identificação das regras penais e processuais penais.

Dos diversos critérios que a doutrina arrisca propor, os que parecem mais corretos são aqueles embasados na doutrina de Jorge de Figueiredo Dias, em seu clássico manual de 1974[29]. Não obstante Figueiredo Dias considere que direito penal e processo penal estão numa "relação mútua de complementaridade funcional"[30] – o que é correto, frise-se – ele também considera que existe uma "autonomia teleológica" do processo penal em relação ao direito penal material, "no que toca aos pressupostos funcionais de que depende em concreto o nascimento de uma pretensão jurídico-substantiva ou de uma jurídico-processual". Enquanto para o direito penal se exige a "realização (cometimento) de um tipo de crime", para o direito processual penal "basta a notícia (suspeita) da infracção" e, assim, "de igual modo são diferentes os pressupostos da extinção das

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

28 Para os imperativos de tutela estatal, incorporados ao direito penal a partir de uma vedação de proteção deficiente, ver STRECK, Maria Luiza Schäfer. Direito penal e Constituição: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais. Porto Alegre: 2009, p. 101 e ss.

29 FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Direito Processual Penal. Primeiro Volume. Coimbra: Coimbra Editora, 1974, pp. 33 e ss.

30 FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Direito Processual Penal. Primeiro Volume. Coimbra: Coimbra Editora, 1974, p. 28.

consequências jurídicas" de um e de outro: "prescrição da pena" e "prescrição do procedimento criminal"[31]. E complementa:

> Das diferenças de pressupostos funcionais são expressão, por sua vez, as diversas categorias axiológicas que dominam em cada um dos âmbitos e caracterizam a decisão num e noutro: a de direito substantivo, referida a uma relação da vida no 'espaço social', visa valorá-la, dentro da dicotomia axiológica "lícito-ilícito"; a de direito adjectivo, referida a actos no 'espaço processual' ("actos processuais"), visa enquadrá-los na dicotomia axiológica "admissível-inadmissível" ou "eficaz-ineficaz".[32]

As regras processuais, portanto, operam juízos de valor a partir de um binário comunicativo distinto das regras materiais. O respeito ou desrespeito àquelas implica em admissibilidade ou não do ato. Acaso inadmissível, é anulado e, eventualmente, repetido. Há expressão desta ideia na lei, art. 573, CPP. Já as regras penais materiais, incidindo, implicam em que se valore a hipótese de fato como proibida ou permitida. Se proibida, desata a incidência da pena. Como se vê, as distintas mecânicas comunicativas implicam em consequências também distintas.

Esta distinção é importante em vários campos, não só para conflito intertemporal: basta evocar a história do tratamento da prova ilícita, no plano material[33]. Sua não admissão, no plano processual, passou a ser obrigatoriamente proclamada *de jure constituto* a partir de 1988, com o art. 5o, LVI, CR. Até então, setores da doutrina proclamavam que a recolha da prova mediante ação ilícita poderia levar o sujeito ativo a ser punido no plano material[34] (caso de uma confissão obtida mediante tortura, por exemplo). Porém, a prova seria aproveitável no campo processual, tudo exatamente em nome das distâncias

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

31 FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Direito Processual Penal. Primeiro Volume. Coimbra: Coimbra Editora, 1974, p. 33.

32 FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Direito Processual Penal. Primeiro Volume. Coimbra: Coimbra Editora, 1974, pp. 33 e 34.

33 NUVOLONE, Pietro. "Le prove vietate nel processo penale nei paesi di diritto latino". In: Rivista di diritto processuale. Vol. XXI. Padova: Cedam, 1966, p. 470.

34 CORDERO, Franco. Procedura Penale. 4a. ed., Milano: Giuffrè, 1998, p. 594.

que separam os binários comunicativos[35] lícito-ilícito, típico do direito penal, do admissível-inadmissível, típico do universo processual.

Daí o valor do evocado raciocínio de Figueiredo Dias:

> "o problema cifra-se, por regra, em saber se o requisito discutido respeita a uma causa substantiva de exclusão de pena, máxime a uma das chamadas 'condições objectivas de punibilidade', se a um pressuposto processual: no primeiro caso estaríamos perante uma figura pertencente ao direito penal, no segundo perante uma figura de direito processual penal."[36]

Considera que a "diversidade de objetos a que se dirigem" o direito penal e o processo penal implica em considerá-los como "regulamentações jurídicas autônomas"[37] e, nesse ponto, "a diferença fundamental entre matéria penal substantiva e processual é, como acima se sublinhou, determinada pelos diferentes círculos (espaços) da vida sobre os quais actuam as normas respectivas"[38].

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

35 LUHMANN, Niklas e DE GIORGI, Raffaele. Teoría de la sociedad. Guadalajara: Universidad de Guadalajara, 1993, p. 92. indicam que a linguagem se retroalimenta, como sistema, mediante binários comunicativos - "para tudo que se diz, a linguagem põe à disposição uma versão positiva e uma negativa". No caso do sistema penal, opera o mencionado binário lícito-ilícito, diverso do binário dos sistemas processuais, que operam pelo válido-inválido.

36 FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Direito Processual Penal. Primeiro Volume. Coimbra: Coimbra Editora, 1974, pp. 34 e 35.

37 FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Direito Processual Penal. Primeiro Volume. Coimbra: Coimbra Editora, 1974, p. 34.

38 FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Direito Processual Penal. Primeiro Volume. Coimbra: Coimbra Editora, 1974, p. 36. Vale anotar que o mesmo Figueiredo Dias, posteriormente, argumenta, em chave que colide com os critérios por ele mesmo externados, que não se deve "aplicar a nova lei processual penal a um acto ou situação processual que ocorra em processo pendente ou derive de um crime cometido no domínio da lei antiga, sempre que da nova lei resulte um agravamento da posição processual do arguido ou, em particular, uma limitação do seu direito de defesa" (p. 112). A abordagem desse tema em particular é por demais sintética no manual de Figueiredo Dias e aqui vem reproduzida em seus exatos termos, sendo importante destacar que a frase acima encerra o primeiro capítulo de seu manual. E encerra deixando no ar aspectos que deveriam ter sido mais bem detalhados. Para além desse entendimento contrariar seus próprios critérios distintivos entre os conteúdos penal material e processual, seu raciocínio aqui se concentra apenas em relação a regras processuais penais novas e mais severas em torno das garantias de defesa para processos em curso: lei processual penal mais severa não deve retroagir. Mas e o inverso? Não há referência no texto do autor e a abordagem de Figueiredo Dias se interrompe justamente no ponto mais problemático, ou seja, na ava-

Na suma: o direito penal está preocupado em proteger bens jurídicos relevantes de forma subsidiária[39], selecionando as condutas que considera graves e capazes de colocar em risco esses bens, e também está preocupado com as condições de culpabilidade e punibilidade de quem realiza essas condutas[40]. Regras de direito penal, portanto, trabalham nas chaves “lícito-ilícito”; “punível-não punível”. Já as regras de processo penal não estão preocupadas com esses temas, pois tratam de rituais de verificação de comportamento. O ponto de preocupação está em garantir aos acusados que o ritual estabelecido para verificação de sua conduta seja feito de forma a impedir exercício abusivo de poder, equilibrando esta necessidade com aquela da realização efetiva da persecução. Qual a sequência preordenada de atos? Como eles devem ser realizados para que se consiga chegar ao final de um procedimento com o réu sendo julgado dentro de critérios que se considerem, numa democracia, como justos, não abusivos? E como se pode garantir à vítima que durante esse percurso ela não será revitimizada pelo mesmo acusado? O processo penal se organiza a partir de uma funcionalidade: proibição de excessos por parte do Estado e proibição de proteção insuficiente da vítima. Essa são as preocupações do processo. Assim, regras processuais operam para que os atos ritualísticos se orientem segundo os polos dos pressupostos processuais de existência e de validade. Ao se observar, ou deixar de observar a regra de processo penal, a discussão implica em reconhecer os atos processuais como “existentes ou não existentes”; “válidos ou não válidos”.

Esses mesmos critérios podem ser utilizados para estabelecer a classificação das regras intermediárias, isto é, para saber quando se estará diante de uma regra processual com conteúdo material. Dentre elas, avultam:

a) regras mistas, que espraiam efeitos no direito processual e no direito penal: o art. 366, CPP, impede o desenvolvimento do processo em face de réu citado por edital, ausente e sem advogado constituído, coroando a garantia do contraditório, ao firmar a respectiva necessidade de que só se desenvolva

---

liação de possibilidade, ou não, de retroatividade das novas regras processuais penais puras, que ampliem garantias, em relação aos processos findos. O silêncio, neste ponto, permite concluir que não.

39 ROXIN, Claus. Derecho Penal. Madrid: Civitas, 1997, p. 51.

40 Aliás, para ROXIN, culpabilidade e necessidade preventiva de punir – a que se ligam os fatores de extinção da punibilidade, de modo geral – reúnem-se na última categoria do delito, a responsabilidade (op. cit., p. 204). Critica-se, no entanto, esta perspectiva, eis que converte a punibilidade, que é a consequência do crime, em parte da causa de si mesma, invertendo a equação segundo a qual a culpabilidade produz a necessidade de punir, de modo a se obter a ideia invertida de que a necessidade de punir implica na proclamação (escamoteada) da culpabilidade. Assim, ZAFFARONI, Eugenio Raúl. “El debate conceptual de la culpabilidad como disolución discursiva”. In: Direito Criminal. Vol. 4. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, pp. 50-51.

quanto àquele que conheça o conteúdo da acusação que lhe é feita. *Pari passu*, gera efeitos penais, ao suspender a fluência da prescrição enquanto suspenso o andamento do feito;

b) regras processuais penais com conteúdo material: aquelas que são processuais, todavia tocam a liberdade e outros direitos materiais do imputado, afligidos pelo poder punitivo (direito penal material) de modo direto, em vez de reflexa ou indiretamente, pela ampliação ou restrição de garantias, como sói acontecer com regras processuais penais puras. Regras processuais penais com conteúdo material acabam por confinar ou ampliar diretamente: b.1) a possibilidade de deambulação, atingida pela pena privativa de liberdade, bem como pelas penas restritivas dos direitos de frequência a locais ou de conduzir veículos; b.2) a disponibilidade de patrimônio, tangida pelas penas de multa, prestação pecuniária, perda de bens e direitos e b.3) a liberdade de trabalho, restringida pela prestação de serviços à comunidade e interdição temporária do direito de exercício de cargo público e profissão regulamentada[41].

4. O acordo de não persecução penal e a representação da vítima como exemplos de regras processuais com conteúdo material do Pacote Anticrime.

Como passo final da exposição, aplicam-se os critérios acima mencionados em dois pontos nos quais a Lei 13.964/19 inovou: o acordo de não persecução penal e a adoção da ação penal pública condicionada à representação nos crimes de estelionato. São dois exemplos de regras processuais com conteúdo material.

4.1. Acordo de não persecução penal.

Com base nos critérios extraídos da doutrina de Jorge de Figueiredo Dias, é possível dizer que o acordo de não persecução penal é uma regra processual e não de direito penal material, pois sua não observância, dependendo da forma, gera ou a "não existência" ou a "não validade" dos atos realizados. Por exemplo: se a regra do art. 28-A diz que o acordo de não persecução penal é um negócio a ser entabulado entre o Ministério Público e o investigado, não poderia o juiz se substituir ao Ministério Público para formular o acordo. O juiz não possui esse poder e o ato por ele realizado seria considerado um ato juridicamente inexistente por violação da regra do art. 28-A. Noutro plano,

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

41 Tudo sem considerar efeitos extrapenais materiais genéricos e específicos, previstos no CP, bem como penas contidas na legislação extravagante, com contornos próprios.

se o §3º do art. 28-A, exige a presença do defensor do investigado para que o acordo de não persecução penal seja realizado, a não observância dessa regra implicará na não validade do ato. Portanto, se ao observar as regras, o ato pode ser considerado juridicamente existente e válido e se, ao não as observar, o ato pode ser considerado inexistente ou não válido, a regra em questão tem natureza processual penal. Não se está discutindo licitude ou ilicitude, punição ou não punição.

Mas isso só não basta para a análise completa da questão. Definida que sua natureza é de regra processual penal, é preciso analisar se seu conteúdo não seria material, isto é, se o tema que ela trata não teria uma tal gravidade que possa ser equiparado ao direito penal material. E aí, mais uma vez, o critério de Jorge de Figueiredo Dias é importante para definir uma resposta. Levando em conta que uma vez cumprido o acordo de não persecução penal, o investigado tem declarada extinta sua punibilidade, não obstante a regra seja de natureza processual penal, seu conteúdo também toca no direito penal material. Permite uma discussão de possibilidade ou não de punir o sujeito, operando, em seu conteúdo, sob a chave "punível-não punível", o que é característico de regras de natureza penal material. E, neste passo, amplia o campo de liberdade havido em tese pelo imputado.

Assim, trata-se de uma regra processual com conteúdo material e, nessa medida, deve ser interpretada como se fosse apenas uma regra de direito penal material. De fato, ante regras processuais com conteúdo material, a regência do conflito normativo intertemporal se dá pelo art. 2o, CP. Prevalecem os critérios do direito penal material sobre os processuais. Ou seja, o intérprete deve avaliar se ela é melhor ou pior para o réu em comparação à regra velha, que não permitia esse acordo e, preenchidas as condições da ação, obrigava o Ministério Público a agir, indistintamente.

No caso, não é preciso muito esforço para compreendê-la como mais favorável ao réu, pois passa a ser mais um instrumento de defesa à disposição dos investigados, que evita não apenas o processo, mas também a pena, afastando registros de antecedentes em caso de eventual condenação. O cumprimento efetivo das respectivas condições, operado como causa extintiva de punibilidade, amplia o respectivo rol de causas. Assim, segue a lógica do artigo 2º do Código Penal, retroagindo e, inclusive, desconstituindo coisa julgada.

Ou seja, não há como sustentar aqui a limitação de retroatividade ao "ato jurídico perfeito" da denúncia[42]. Sendo regra processual com conteúdo

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

42 Quando firmou a orientação sobre a irretroatividade da Lei 9.099/95 no instituir a suspensão condicional do processo, para casos em que já houvesse sentença, o C. STF recorreu a raciocínio aproximado, defendendo que não poderia retroagir um instituto criado para evitar a sentença condenatória, em casos nos quais já fora prolatada (HC 74.463-0, 1a. T., Rel. Min. Celso de Mello, DJ 07/03/1997). Ora, com mais razão

material e sendo mais benéfica, retroage, inclusive desconstituindo coisa julgada.

Em cada caso concreto, será preciso checar se o agente preencheu as condições exigidas para formalização do acordo nos marcos segundo os quais é aplicável a todos. Isto é importante: não basta checar se ocorreu crime desprovido de modais de violência ou grave ameaça, com pena mínima cominada inferior a 4 anos. O art. 28-A exige que o beneficiado tenha confessado formal e circunstanciadamente o crime durante a etapa investigatória, antes de que o Ministério Público formasse a *opinio delicti.* A regra só retroagirá para quem preenche todas as condições – esta inclusive.

A condição, de um lado, permite resolver o caso penal, mediante mecanismo distinto do processo, desviando a tradição de resolvê-lo com – e só com – a sentença. De outro, circunstancia o ambiente da tomada de decisão do imputado: pesa, contra ele, a possibilidade de que seja denunciado criminalmente, com todas as consequências daí derivadas.

Nesta perspectiva, a aplicação retroativa do art. 28-A não se dá mediante a abertura de nova oportunidade para que o imputado confesse. Se o agente já foi denunciado, se já foi sentenciado, se já executa pena, tudo em feitos nos quais não confessou formal e circunstanciadamente o fato durante a etapa investigatória, simplesmente não preenche a condição para incidência da *novatio legis in mellius* do art. 28-A. Por isso, não se beneficia.

Acaso fosse aberta a possibilidade de confessar em etapa distinta daquela prevista no art. 28-A, criar-se-ia situação desigual: enquanto os sujeitos ativos de crimes praticados após a lei só podem se beneficiar confessando durante a investigação, antes da *opinio delicti,* não tendo a chance de fazê-lo quando já denunciados ou sentenciados, os praticantes de crimes anteriores à lei teriam as oportunidades de confissão ampliadas. Isto quebra a isonomia, que é justamente o motivo da retroatividade da lei melhor, já aludido – e por isso tão central.

Enfim, as circunstâncias dentro das quais o agente opta pelo acordo não podem ser diferentes daquelas em que a lei passou a franqueá-lo, a partir da sua vigência. Para quem já está denunciado[43], tem denúncia recebida contra si, está diante de instrução concluída em desfavor de seus interesses, está sentenciado, apelou e recebeu parecer contrário da Procuradoria, apelou e teve o re-

– dado o prejuízo sob o regime decaído que poderia ser evitado segundo o regime novo, ao instituir no cumprimento das condições da suspensão prevista no art. 89 uma causa extintiva de punibilidade -, era justamente nestes casos que critérios de isonomia determinavam a necessária retroatividade!

43 Se ainda não houver denúncia, a aplicação retroativa do art. 28-A permitirá ao Promotor de Justiça chamar o imputado para a confissão, se está a adotar esta estratégia para todos os indiciados em inquérito ou investigados diretamente na Promotoria.

curso improvido, recorreu às Instâncias Raras e foi mal sucedido, e principalmente, já cumpre pena – para todos estes -, a tendência de aceitar o acordo se reforça gradualmente, decidindo em condições bastante diferentes daquelas a que o art. 28-A submete a possibilidade do acordo. O legislador não desenhou condições tão amplas para a tomada da decisão, por parte do imputado, pelo acordo. E, por isso, não se pode aceitar sejam ampliadas por um *fator de sorte:* ter praticado o crime pouco antes da modificação da lei. O critério reitor da retroação da *lex mitior* é a isonomia de tratamento, não um tratamento melhor ainda que aquele dado aos sujeitos ativos de crimes posteriores à vigência do novo regime legal. A fortuna, determinante da sorte ou azar, passa longe da técnica para definir os parâmetros de incidência da lei nova.

Deve-se, portanto, dar oportunidade de o Ministério Público se pronunciar sobre o tema, mesmo que o caso já esteja com sentença definitiva e, sendo cabível o acordo – isto é, preenchidos os respectivos critérios -, promover a desconstituição da coisa julgada (a qual, no processo penal e diferente do processo civil, quando alusiva a sentença condenatória, nunca opera materialmente - vide a revisão criminal).

Por fim, mas não menos importante: a aplicação retroativa do art. 28-A, CP deve se dar observando-se *in totum* o regime jurídico sob o qual foi desenhado. Assim, a fluência da prescrição ficará suspensa, enquanto não cumprido ou rescindido o acordo, na forma do art. 116, IV, CP, também para os praticantes do crime anteriormente à Lei 13.964/19. Naturalmente, surgirá questionamento na perspectiva de que uma causa suspensiva da prescrição é *novatio legis in pejus,* não podendo retroagir.

Aqui, entra em consideração outro problema de conflito intertemporal de normas: a combinação de leis. A teoria da ponderação unitária exige que se aplique toda a lei antiga ou toda a lei nova, o que no conjunto for melhor. Por ela, ou incide retroativamente todo o pacote anticrime, se mais favorável no todo, ou em nada retroage, se pior para o imputado no todo. Já a teoria da ponderação diferenciada permite combinar os regimes.

O art. 2o, CP, menciona a “lei”, sugerindo exegese literal em prol da ponderação unitária. Porém, não parece razoável que todo o bloco de regras da lei nova deva ser analisado em conjunto, até porque pontualmente podem versar sobre assuntos distintos. Aliás, é o caso da Lei 13.964/19. Para um réu de concussão com ação penal em andamento, confesso detalhadamente na fase investigativa, a teoria da ponderação unitária obrigaria a analisar se o art. 28-A é mais benéfico em conjunto com a nova pena, elevada de 2 a 8 anos para 2 a 12 anos, para além dos demais pontos que digam sobre o caso concreto. A verificação de se este conjunto é mais benéfico é altamente subjetiva – opinativa, mais exatamente. Ainda que na dúvida, recomende-se que o imputado escolha, é evidente que a análise se complica.

A inflexibilidade da teoria da ponderação unitária também não se ajusta a uma análise do direito penal comprometida com a ideia de liberdade como regra e da incidência do poder punitivo como exceção. Nesta perspectiva, a opção preferencial é a teoria da ponderação diferenciada, que permite combinar os diplomas legais.

Porém, é essencial frisar que ponderação diferenciada não é a combinação das leis em sentido absoluto, numa leitura enviesada de que quem pode o mais (aplicar a lei nova toda), pode o menos (aplicá-la em parte). Não é dado a um juiz aplicar a disposição nova, exceto a palavra "não" contida em meio a uma frase, invertendo a orientação semântica da regra, por exemplo. Tampouco pode aplicar a frase até a vírgula, porque melhor, mas não seu final, porquanto pior para o réu. Já se vê, daí, que a teoria da ponderação diferenciada tem *limites*.

Um deles é respeitar a autonomia dos dispositivos combinados. Não se pode transfigurar frases. Também é preciso submeter parágrafos ao *caput* da regra, incisos aos parágrafos, alíneas aos incisos, em vez de aplicá-los isolada e/ou separadamente. Foi a solução adotada pelo STJ quando da transição da Lei de Drogas 6.368/76 para a Lei 11.343/06: no tráfico, ou se aplicava o art. 12 daquela (pena mínima de 3 anos, sem minorante) ou o 33 desta (pena mínima mais elevada, 5 anos, com a minorante do parágrafo 4o), segundo produzisse pena mais baixa no caso concreto. Entendeu a Instância Rara que o parágrafo 4o não poderia ser aplicado alheio ao *caput*, ainda que – sozinho – tenha estabelecido minorante, sendo – sozinho – mais favorável.

Outro limite é que o regime do instituto aplicado seja observado na íntegra. Se o acordo de não persecução é benéfico e pode extinguir a punibilidade, mas o período de cumprimento implica em suspensão da prescrição, a escolha do regime melhor é definida pela análise do conjunto. E, de novo, entra em cena o critério da isonomia: ele indica a necessidade da aplicação integral da nova categoria.

A partir da Lei, todos os que cometem crime e cumprem os parâmetros do art. 28-A podem optar pelo acordo, o que levará à suspensão da prescrição. Isonomicamente, o instituto caberá para aqueles que, preenchidos os requisitos, optem pelo acordo, tendo praticado o crime antes da Lei 13.964/19. E, isonomicamente, suspender-se-á o curso das respectivas prescrições.

Do contrário, os praticantes de crimes anteriores teriam vantagem maior ainda que aquela estatuída pelo novo diploma: a chance de incrementarem as possibilidades de extinção da punibilidade sem o gravame de se suspender a prescrição. E isto nem o regime antigo contemplava, nem o novo contempla. Seria aplicação desigual, mais benéfica a um grupo de criminosos: não se beneficiam os praticantes de crimes anteriores que já cumpriram pena; nem os novos praticantes, sob a égide do regime implantado. Apenas um terceiro

grupo de sortudos: os que praticaram o crime antes da lei nova e contam com uma espécie de despedaçamento dos contornos da nova categoria criada – o acordo de não persecução – fatiado em pedacinhos melhores e piores. Ponderação diferenciada, a nosso juízo, não tem nada que ver com isso.

Note-se que a causa suspensiva da prescrição do art. 116, IV, não apanhará ninguém de surpresa, acaso retroaja: afinal, só incidirá por expressa escolha do imputado, interessado em beneficiar-se do acordo. Estende-se para ele o que é possível fazer em favor dos sujeitos ativos de novos crimes. Aí está o limite da ponderação entre as regras, em que se permite diferenciar os trechos melhores de cada regime.

Muitas vezes, o legislador cria causas de suspensão do processo prevendo a suspensão da prescrição na própria regra. Isto ocorreu no art. 89, Lei 9099/95, bem como no já citado art. 366, CPP. A opção da Lei 13.964/19 foi distinta. A suspensão do processo implica em suspensão da prescrição não prevista como um parágrafo do art. 28-A, mas como um novo inciso do art. 116, CP. Porém, isto pouco importa: ainda que não se possa invocar o limitador formal da autonomia do dispositivo ao uso da teoria ponderação diferenciada, é preciso aplicar o novo instituto do acordo de não persecução penal segundo os contornos do regime jurídico para ele criado, que também constitui um limite a tanto. O que não se pode é ferir a isonomia de tratamento entre os sujeitos ativos novos e aqueles submetidos ao regime decaído.

4.2. A nova natureza da ação penal para o crime de estelionato.

Outra regra processual que apresenta conteúdo material é a sujeição da ação penal pública, em crimes de estelionato, à representação da vítima. Trata-se de regra processual porque, uma vez oferecida a denúncia sem a representação, a ação não será admitida (faltar-lhe-á condição específica da ação penal). Não havendo prescrição, nem decaído o direito de representar da vítima, a representação poderá ser colhida, com a proposta de nova denúncia.

Porém, o conteúdo material deriva do fato de que a decadência do direito de representação extingue a punibilidade. Nesta perspectiva, a regra processual toca diretamente o direito material de liberdade – *in casu,* ampliando-o. E, a partir daí, rege-se pelo art. 2o, CP, no tocante ao conflito intertemporal de normas.

Há recente decisão em sentido diverso. Trata-se do precedente do STJ (HC 573.093, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, de 15 de abril de 2020). Invoca a doutrina de Rogério Sanches Cunha[44], para estabelecer uma baliza de

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

44 CUNHA, Rogério Sanches. Pacote Anticrime: Lei 13.964/2019. Comentários às

retroatividade vinculada ao "ato jurídico perfeito", não exigindo a verificação da vontade da vítima em casos anteriores à lei nova, caso a denúncia já tenha sido oferecida.

Referida posição contraria pensamento bem consolidado – e há muito – na doutrina[45]. A mudança da natureza da ação de pública incondicionada para privada ou condicionada à representação – como dito - amplia os espaços de liberdade do imputado. Afinal, carrega possibilidades de extinção da punibilidade (algumas em comum para as citadas modalidades de ação) que não existem na ação penal pública incondicionada, bastando checar a relação do art. 107, incisos IV e V: decadência, renúncia, perdão, perempção. Assim, tem natureza material.

Quando traduz *novatio legis in mellius,* por condicionar a ação pública ou colocar o ofendido como titular, retroage mesmo nos casos em que já exista o trânsito em julgado. Não se verifica a etapa em que está o processo penal - até porque esta verificação é uma necessidade no horizonte do 2o CPP, que não incide em tais casos.

A nosso juízo, essa orientação somente seria correta se a nova regra fosse uma regra exclusivamente processual, o que ela não é. Ou se existisse uma regra que indicasse a oferta da denúncia como marco para impedir maior retroatividade. Não existe. Se a decadência da representação extingue a punibilidade, na forma do art. 107, CP, junge-se ao art. 2o, CP. No caso, a conversão da ação penal, de pública incondicionada, para condicionada à representação, implica na necessidade de que esteja presente a condição de procedibilidade em todos os casos pendentes de julgamento e com execução penal em curso.

Mais: o ato jurídico perfeito, protegido pelo art. 5o da carta constitucional, deve ser conjugado com o inciso XL do mesmo dispositivo. Na exegese sistemática que daí resulta, a denúncia não tem como operar como ato jurídico perfeito em relação à retroatividade da *lex mitior.* Fosse permitido, serviria como argumento para tolher toda e qualquer retroatividade de lei melhor, não só esta tangente ao acordo de não persecução. Lado outro, a etapa em que incide o acordo – antes da *opinio delicti,* estampada na oferta de denúncia – não

---

alterações do CP, CPP e LEP. Salvador: Editora JusPodium, 2020, p. 65, verbis: Se a inicial (denúncia) já foi ofertada, trata-se de ato jurídico perfeito, não sendo alcançado pela mudança. Não nos parece correto o entendimento de que a vítima deve ser chamada para manifestar seu interesse em ver perseguir o processo. Essa lição transforma a natureza jurídica da representação de condição de procedibilidade em condição de prosseguibilidade. A lei nova não exigiu essa manifestação (como fez no art. 88 da Lei 9.099/1995).

45 Há muito mesmo, figurando como expresso exemplo de manuais clássicos, por exemplo, HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal. Vol. I. 4a. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, pp. 122-123; BETTIOL, Giuseppe. Direito Penal. São Paulo: RT, 1966, p. 154; ANTOLISEI, Francesco. Manuale di Diritto Penale. Parte generale. Agg. Luigi Conti. Milano: Giuffrè, 1989, p. 98.

interessa a efeitos de lei penal no tempo. Como já dito, isto só importa em conflito de regras processuais penais puras no tempo.

De todo modo, trata-se de questão com pouca ressonância prática. É que, em geral, o estelionato é investigado a partir de iniciativa da vítima, que leva a notitia criminis à Delegacia de Polícia, lavrando Boletim de Ocorrência ou mesmo peticionando pela abertura do inquérito (art. 5o, II, CPP). Estes atos valem como representação. Afinal, ela pode ser informal, valendo desde que se deduza o interesse da vítima na persecução. É o que se recolhe do art. 39, CPP, que a permite mesmo em forma oral, hipótese em que é reduzida a termo. Mesmo em inquéritos abertos de ofício, se as declarações da vítima nele recolhidas contiverem aceno do interesse persecutório dela, estará presente a representação. Como, em geral, os inquéritos contêm as exemplificadas manifestações, raramente uma ação penal em curso pelo crime de estelionato, ou casos de execução penal em andamento, já não contarão com a representação da vítima.

Conclusões

Ao final do quanto acima exposto, resta evidente a necessidade urgente de se organizar os critérios mais adequados para o tema da sucessão de leis penais e processuais penais no tempo, para o que se sugere a observância das seguintes conclusões:

1) Há diferenças entre regra penal, processual penal com conteúdo pro) cessual, processual penal com conteúdo material, mista, que não podem ser desconsideradas no tema de sucessão de leis no tempo.

2) A *ratio* da retroatividade da lei mais benéfica radica no princípio da igualdade. A meta é produzir isonomia de tratamento no exercício dos espaços de liberdade dos cidadãos. A nova lei consolida uma modificação do olhar social acerca da magnitude de lesão provocada pelo comportamento, comunicado mediante a novel resposta havida como proporcional. Se proporcional, em tese, para todos os praticantes, aqueles que realizaram o evento sob a regência do regime jurídico derrogado não podem por ele ser atingidos.

3) A doutrina que sugere que todas as regras de processo penal se equivalem ao direito penal material, seja por uma leitura alargada da expressão "lei penal", do texto constitucional, seja pela adoção parcial da ideia de processo penal de garantias, não deve ser adotada.

4) Regras sobre direitos e deveres, no plano jurídico-penal, tocam *diretamente* a liberdade do imputado, para além de outros bens e interesses. Já as garantias tangem a liberdade do imputado de modo indireto ou *reflexo*, precisamente *através* do processo.

5) Quando a regra é processual com conteúdo material (i.é, sua inobser-

vância opera no binômio admissibilidade-inadmissiblidade, mas expande ou restringe diretamente a liberdade do cidadão) ou mista (deita efeitos no campo processual e no campo penal, *pari passu*), rege-se pelo art. 2o, CP.

6) O novo art. 28-A, CPP, que estatui o acordo de não persecução penal, toca diretamente a liberdade do imputado, pois o respectivo cumprimento é causa extintiva de punibilidade. Do mesmo modo, a ação penal pública no estelionato, agora de natureza condicionada, amplia as possibilidades de extinção da punibilidade. Ambas são regras processuais com conteúdo material e, pois, retroativas.

Bibliografia

ANTOLISEI, Francesco. Manuale di Diritto Penale. Parte generale. Agg. Luigi Conti. Milano: Giuffrè, 1989.

BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Constitucional. 17a ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

BETTIOL, Giuseppe. Direito Penal. São Paulo: RT, 1966.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 3a. ed. Coimbra: Almedina, 1997.

CARNELUTTI, Francesco. Lecciones sobre el processo penal. Volume 1. Tradução para o espanhol de Santiago Santís Melendo. Buenos Aires: El Foro, 2002.

CORDERO, Franco. Guida alla procedura penale, Torino: Utet, 1986.

__________. Procedura Penale. 8ª ed., Milano: Giuffrè, 2006.

__________. Procedura Penale. 4a. ed., Milano: Giuffrè, 1998.

COSTA, José de Faria. Noções fundamentais de Direito Penal. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

COUTURE, Eduardo J. Interpretação das Leis Processuais. 4ª ed., tradução de Gilda Maciel Corrêa Meyer Russomano, Rio de Janeiro: Forense, 2001.
CUNHA, Rogério Sanches. Pacote Anticrime: Lei 13.964/2019. Comentários às alterações do CP, CPP e LEP. Salvador: Editora JusPodium, 2020.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. La racionalidad de las leyes penales. Madrid: Trotta,

2003.

FIANDACA, Giovanni e MUSCO, Enzo. Diritto Penale. Parte Generale. 3a. ed. Bologna: Zanichelli, 1995, reimp. 2001.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Direito Processual Penal. Primeiro Volume. Coimbra: Coimbra Editora, 1974.

FREDERICO MARQUES, José. Tratado de Direito Penal. Volume 1, São Paulo: Saraiva, 1964.

GIUSINO, Manfredi Parodi. I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale. Milano: Giuffrè, 1990.

GOLDSCHMIDT, James. Derecho, Derecho Penal y Proceso. III. El proceso como situación jurídica. Una crítica al pensamento procesal. Tradução para o espanhol de Jacobo López Barja de Quiroga; Ramón Ferrer Baquero e León García-Comendador Alonso. Madrid: Marcial Pons, 2015.

GOMES, Luiz Flávio. Caso Nardoni: protesto por novo júri. Denegação pelo STJ. In: JusBrasil, 2013. Disponível em https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121931210/caso-nardoni-protesto-por-novo-juri-denegacao-pelo-stj, acesso em 11 de junho de 2020.

_____________ e YACOBUCCI, Guillermo Jorge. As grandes transformações do direito penal tradicional. São Paulo: RT, 2005.

HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal. Vol. I. 4a. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

JAÉN VALLEJO, Manuel. Principios constitucionales y derecho penal moderno. Buenos Aires: Ad Hoc, 1999.

LEONE, Mauro. Il Diritto Penale nel Tempo. Aspetti costituzionali del principio dell'irretroatività. Napoli: Jovene, 1980.

LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 14ª ed., São Paulo: Saraiva, 2017.
LUHMANN, Niklas e DE GIORGI, Raffaele. Teoría de la sociedad. Guadalajara: Universidad de Guadalajara, 1993.

MANTOVANI, Ferrando. Diritto Penale. 3a ed. Padova: Cedam, 1992.

MAZZA, Oliviero. La Norma Processuale Penale nel Tempo. Trattato di Procedura Penale, volume 1 (diretto da Giulio Ubertis e Giovanni Paolo Voena), Milano: Giuffrè, 1999.

NAPPI, Aniello. Manuale di Diritto Penale. Milano: Giuffrè, 2010.

NUVOLONE, Pietro. "Le prove vietate nel processo penale nei paesi di diritto latino". In: Rivista di diritto processuale. Vol. XXI. Padova: Cedam, 1966.

QUEIROZ, Paulo; VIEIRA, Antonio. Retroatividade da Lei Processual Penal e Garantismo. In: Boletim IBCCRIM, nº 143, outubro de 2004.

ROXIN, Claus. Derecho Penal. Madrid: Civitas, 1997.

SARLET, Ingo Wolfgang. Notas Introdutórias ao Sistema Constitucional de Direitos e Deveres Fundamentais. In: GOMES CANOTILHO, J. J.; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz; MENDES, Gilmar Ferreira (Coordenadores). Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, pp. 183-212.

STRECK, Maria Luiza Schäfer. Direito penal e Constituição: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais. Porto Alegre: 2009.

TAIPA DE CARVALHO, Américo. Sucessão de Leis Penais. Coimbra: Coimbra Editora, 1990.

TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios Básicos de Direito Penal. 4a. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro e SLOKAR, Alejandro. Derecho Penal. Parte General. Buenos Aires: Ediar, 2000.

___________. "El debate conceptual de la culpabilidad como disolución discursiva". In: Direito Criminal. Vol. 4. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

A VALORIZAÇÃO DA VÍTIMA E A JUSTIÇA RESTAURATIVA NO ÂMBITO DO ACORDO DE NÃO-PERSECUÇÃO PENAL

Samia Saad Gallotti Bonavides[1]
Willian Lira de Souza[2]
Mário Edson Passerino Fischer da Silva[3]

SUMÁRIO:

RESUMO:

O artigo tem como objetivo oferecer balizas jurídicas e operacionais para o uso do acordo de não-persecução penal como instrumento de valorização da vítima e de integração da tutela penal com as práticas restaurativas. A partir da revisão bibliográfica com enfoque propositivo, foram realizadas reflexões sobre o tratamento da vítima no contexto do ordenamento brasileiro, sua relação com a justiça restaurativa e seu papel na celebração do acordo de não-persecução penal. Além disso, foi analisado como o acordo de não-persecução penal pode ser um meio de promoção dos direitos das vítimas e da justiça restaurativa. Como resultados, foram organizados fluxos de interlocução entre as práticas restaurativas e o acordo de não-persecução penal, concluindo-se pela viabilidade e relevância desse diálogo considerando as políticas de incentivo

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

1 Doutora, Mestre e Bacharela em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná, sendo professora da mesma instituição de ensino. Procuradora de Justiça no Ministério Público do Estado do Paraná, atual Subprocuradora-Geral de Justiça de Planejamento Institucional e Coordenadora do Núcleo de Prática e Incentivo à Autocomposição (NUPIA-MPPR) na mesma instituição.

2 Mestre em Direito Processual pela Universidade Paranaense, Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná, Promotor de Justiça do NUPIA-MPPR.

3 Mestre em Direito do Estado e Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná, Assessor Jurídico do NUPIA-MPPR.

à autocomposição e de fomento à atuação resolutiva no Ministério Público e a política judicial de valorização da vítima e da justiça restaurativa.

PALAVRAS-CHAVE: 1. Acordo de não-persecução penal; 2. Vítima; 3. Justiça restaurativa; 4. Reparação; 5. Resolutividade

1. Introdução

O presente artigo se presta a analisar o que a Lei nº 13.964 de 2019, conhecida como "pacote anticrime", oferece de oportunidades para a valorização dos direitos das vítimas e para a inclusão da autocomposição como forma de se construir uma resposta mais adequada ao crime, que possa prescindir da aplicação da pena, tornando-se, portanto, uma alternativa a ela. Nessa linha, o enfoque da análise repousará sobre o instituto do acordo de não-persecução penal (ANPP), partindo-se da premissa de que, além de operar como um paradigma novo de controle social, este instrumento pode, e deve, servir ao propósito de incluir o ofendido no processo decisório de resposta ao crime.

O objetivo é oferecer balizas jurídicas e operacionais para o uso do ANPP como instrumento de valorização da vítima e adoção das práticas restaurativas, na forma de alternativa primária à tutela penal punitiva. As reflexões priorizam situações de vítimas específicas e determinadas, decorrentes de, por exemplo, furto, estelionato, receptação etc. A metodologia usada foi a revisão bibliográfica e o trabalho possui um caráter analítico-propositivo. As ferramentas de pesquisa consistiram na consulta à legislação, procedimentos de mediação no campo penal, bem como casos notórios de possibilidade da aplicação do ANPP, com o escopo indicado, e na consulta de artigos e obras que abordam todos os aspectos da temática proposta, incluindo a valorização da vítima e, especialmente, a justiça restaurativa (JR).

O tema é atual e relevante porque, cada vez mais, emergem, de diversas perspectivas, expressões de descontentamento com o sistema de justiça criminal vigente. Para resumir a variedade e direcionamentos dessas críticas, é possível dividi-las em duas linhas. A primeira diz respeito a propostas de reforma profunda dos meios institucionais para a reprovação de crimes, com argumentos de que o modelo convencional é seletivo, estruturalmente violento e socialmente desintegrador. A segunda aponta que os problemas desse sistema não estão atrelados aos aspectos qualitativos da natureza do processo penal e da pena, mas sim à ineficiência na sua operacionalização prática, que tornaria a justiça criminal morosa, a reprovação do crime complacente com o desrespeito às leis e às vítimas e as penas insuficientes para combater a criminalidade. É no embate entre essas duas macro-leituras que surgem propostas alternativas ao que está posto e uma das grandes dificuldade dessas novas ou

renovadas proposições está em conciliar o atendimento dos interesses abarcados por ambas as linhas.

Nesse sentido, as lições de Marshall Rosenberg são oportunas, pois incentivam as pessoas a decomporem suas manifestações em elementos que facilitam a sua melhor compreensão pelo polo defensor de outra posição. Esses elementos são os sentimentos, as necessidades e as expectativas, que, para o autor, são a base de toda a comunicação. O exercício dedutivo das opções apresentadas por essas vertentes parece indicar como sentimento a frustração com o funcionamento do sistema de justiça criminal, a necessidade de ressaltar a reprovabilidade de condutas criminosos e fazer valer os valores fundantes de uma convivência harmônica e a expectativa de construir uma sociedade mais justa. Como relembra Rosenberg, esse exercício permite que esclareçamos premissas que permitem o devido entendimento dos objetivos em pauta e, assim, fica mais intuitiva a união de forças no compromisso coletivo em construir uma realidade mais adequada à satisfação dos sentimentos, necessidades e expectativas envolvidas. Portanto, se expressados adequadamente, esses três elementos facilitam o diálogo e a integração dos críticos do sistema em torno de ideias que viabilizem a sua satisfação[4].

Com foco em tudo isso, o sistema de justiça tem se mobilizado para promover a interlocução entre a JR e o ANPP. Recentemente, inclusive, o Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal divulgou os enunciados da 1ª Jornada de direito penal e processual penal, sendo recomendado, no nº 28 (ID3557), com base nos princípios das Resoluções CNMP nº 118/20114[5] e CNJ nº 225/2016[6], a realização de práticas restaurativas nos acordos de não-persecução penal[7].

Também é importante vincar que, pode se estabelecer uma certa confusão na prática jurídica entre negociação e mediação penal em sentido amplo quando, por exemplo, atua o Ministério Público (MP) na condição de titular do

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

4 ROSENBERG, Marshall B. Comunicação Não-violenta: técnicas para aprimorar relacionamentos pessoais e profissionais. 2a ed. São Paulo: Ágora, 2006. p. 19-35, 84.

5 Conselho Nacional do Ministério Público, que regulamenta a Política Nacional de Incentivo à Autocomposição à no MP.

6 Conselho Nacional de Justiça, que regulamenta a Política Nacional de Justiça Restaurativa no Poder Judiciário, a Resolução.

Sumário: 1. Introdução, contextualização e delineamento do problema que será analisado; 2. Análise dos limites para aplicação retroativa do artigo 28-A do CPP, conforme a fase em que se encontra a persecução criminal: 2.1. Até o oferecimento da denúncia; 2.2. Até a prolação da sentença condenatória; 2.3. Até o trânsito em julgado da condenação; 2.4. Após o trânsito em julgado da condenação e mesmo após a pena já ter sido integralmente cumprida; 2.5 Conclusões acerca da aplicação retroativa artigo 28-A do Código de Processo Penal; 3. Referências.

exercício da ação penal pública, por ser o Estado quem detém o *jus puniendi,* e a vítima, que sofreu o dano, não detém nenhum direito como parte nesta relação processual, ocupando, processualmente falando, uma posição de meio de produção de prova, ou quando intervém como terceiro interessado, na condição de assistente de acusação.

Esclarece-se que o ANPP corresponde a um negócio jurídico celebrado entre MP e investigado, em uma perspectiva de negociação em sentido estrito[8], enquanto a mediação penal *lato sensu* se desenvolve como um diálogo, intermediado por facilitadores, entre vítima e autor da ofensa, e que pode (e deve, em sendo possível) abranger seus familiares, membros da comunidade afetada e agentes do Estado - a depender da sua modalidade. Decorre daí que o ANPP é algo diferente da mediação penal, mas que pode ser uma oportunidade para se estabelecer uma comunicação, direta ou indireta, entre vítima e autor da ofensa. Dessa forma, ainda quando não alcançado o consenso, se promove o acolhimento dos envolvidos pelo sistema de justiça, algo que precisa estar também no âmbito de preocupação da atividade do MP, posto que permite àqueles todos envolvidos serem ouvidos e participarem do processo de decisão.

A ideia em torno da regulação do ANPP foi uma consequência das discussões a respeito da aplicação de instrumentos e métodos negociais no processo penal que ganharam repercussão internacional com investigações e operações de combate à corrupção, as quais utilizam amplamente mecanismos como a colaboração premiada e o acordo de leniência. O instituto foi regulamentado inicialmente pela Resolução CNMP nº 181/ 2017, tendo maior amplitude de aplicação antes da Resolução CNMP nº 183/2018, que, além das originais vedações envolvendo a prática de crimes não cometidos com violência e grave ameaça, estipulou que o ANPP só poderia ser celebrado em casos de delitos não hediondos, cuja pena mínima não ultrapassasse quatro anos. Atualmente, os principais parâmetros que embasam o ANPP estão no art. 28-A do Código de Processo Penal (CPP) em razão das alterações promovidas pelo "pacote anticrime", de modo que as citadas resoluções agora possuem caráter regulamentar subsidiário, no que forem compatíveis com a lei.

Neste aspecto da subsidiariedade, na Resolução CNMP nº 181, o Capítulo VI foi destinado a tratar dos direitos das vítimas durante o procedimento investigatório criminal (PIC) em sede do qual pode ser proposto o ANPP. Dentre eles, foram previstos o esclarecimento sobre direitos processuais e materiais, o favorecimento da reparação dos danos sofridos e o encaminhamento à rede

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

8 CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Um Panorama sobre o Acordo de Não-Persecução Penal. Em: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; DO Ó SOUZA, Renee; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Acordo de Não-persecução Penal. Juspodvm, p. 1-32, 2018, p. 15.

de assistência multidisciplinar, sendo estes serviços custeados pelo Estado ou pelo autor da ofensa. Todos os procedimentos de apoio poderão ser estendidos aos familiares das pessoas ofendidas. Somado a isso, dentre as medidas que podem ser previstas no ANPP, estão, logo no inciso, I do art. 28-A, a reparação do dano ou a restituição da coisa.

Nesse contexto, é de se considerar também que a popularização da JR, nos discursos associados ao sistema de justiça, favoreceu o resgate da relevância da vítima no campo penal, a qual passa a integrar, de modo mais ou menos direto, as inovações em termos de alternativas à tutela penal punitiva. Isso porque, no processo penal convencional, diante do interesse público de mero acertamento normativo do caso penal[9], o ofendido, maior afetado pelo crime, possui um papel de coadjuvante, em face dos debates jurídicos entre acusação e defesa.

Assim, nos próximos tópicos refletiremos sobre: **(i)** o tratamento da vítima no contexto do ordenamento brasileiro, sua relação a JR e o ANPP e **(ii)** como o ANPP pode ser um meio de promoção dos direitos dos ofendidos e da JR.

2. Desenvolvimento

2.1 A importância da valorização da vítima no campo criminal: uma proposta sob o paradigma da justiça restaurativa

No Brasil, os movimentos ligados às vítimas estão majoritariamente vinculados aos direitos de categorias específicas, como mulheres em casos de violência domésticas[10], e usualmente repousam sua atenção sobre a criminalização de condutas e aumento de penas, como no caso do movimento de vítimas de crimes de trânsito, que resultou na edição da Lei nº 13.546 de 2017[11].

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

9 COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. A Lide e o Conteúdo do Processo Penal. Curitiba: Juruá, 1989, 29-30, 134.

10 A luta contra a violência doméstica foi personificada na vítima Maria da Penha Maia Fernandes e resultou na promulgação da Lei n. 11.340 de 2006, que criminaliza este tipo de agressão e prevê medidas assistenciais e protetivas para preservar a mulher e as famílias afetadas pela ofensa (arts. 9º e 11), bem como medidas cautelares para afastar o ofensor do lar (arts. 22 a 24) e previsões de penas para o seu descumprimento (art. 24-A).

11 Essa lei resultou no aumento da pena de homicídio provocado por motoristas embriagados e a aprovação de tal Lei se deu mediante proposta da Deputada Federal Christiane Yared, mãe de uma vítima de acidente de trânsito que resultou em morte e eleita com o mote de combate à criminalidade no trânsito. Em: YARED, Christiane. Sancionada lei que endurece pena para motorista bêbado que dirige e mata. 20 de dezembro de 2017. Disponível em: https://christianeyared.com.br/sancionada-lei-que-endurece-

Isso parece ter relação com a visão do ofendido como uma figura vingativa. Nesse sentido, o tratamento processual penal conferido a ele atrela-se também ao seu papel subsidiário ou complementar, na medida em que a persecução penal a um acusado é o principal objetivo do processo. Assim, no imaginário institucional e popular, a vítima ainda é associada à punição e à vingança, e tal perspectiva contribui para seu afastamento da construção da resposta ao caso penal em razão dos aspectos de racionalidade e previsibilidade que o processo convencional busca preservar.

Sobre o tema, Flaviane Magalhães de Barros classifica a participação da vítima no processo de iniciativa pública da seguinte forma: **(i)** como agente condicionador; **(ii)** como agente controlador da acusação e **(iii)** como agente acusatório colaborador[12]. O ofendido também pode atuar como "sujeito de reparação de dano", mas em virtude do sistema da independência (mitigada) adotado pelo CPP, a reparação ficaria submetida ao ajuizamento de ação civil indenizatória[13].

Percebe-se, portanto, que o ofendido passa a partilhar o interesse no resultado da responsabilização do autor da ofensa, não mais apenas em uma perspectiva de exercício da ação penal privada subsidiária da pública ou da ação reparatória cível, mas também podendo obter uma reparação pela via do ANPP. Tanto assim que o artigo 28 do CPP prevê a intimação da vítima da decisão de arquivamento do inquérito policial e, no § 1º, a possibilidade dela recorrer às instâncias de revisão do MP, contra tal posicionamento.

Com relação às intervenções diretas da vítima no PIC, o §5º, da Resolução CNMP nº 181/2017, dispõe que, durante os procedimentos de acolhimento, oitiva e atenção, a (o) promotora(o) de justiça garantirá à vítima a possibilidade de prestar declarações de modo espontâneo, sugerir diligências, indicar meios de prova e deduzir alegações. A normativa, portanto, atentou-se para a dimensão humana e subjetiva da vítima, garantindo que, se desejar, ela transforme sua experiência traumática em um objeto de narrativa.

Em 2018, o CNJ editou a Resolução nº 253 e regulamentou a política judicial de atenção e apoio às vítimas de crimes e atos infracionais. Em relação ao conceito de vítima, esta resolução adota uma concepção próxima dos ideais restaurativos, definindo-a como pessoa que tenha sofrido algum dano físico, moral, patrimonial ou psicológico da prática de crime ou ato infracional praticado terceiro, ainda que este não tenha sido identificado, julgado ou

-pena-para-motorista-bebado-que-dirige-e-mata/. Acesso em: 19/08/2020.

12 BARROS, Flaviane de Magalhães. A Participação da Vítima no Processo Penal. Rio de Janeiro: Lumen, 2008, p. 95.

13 BARROS, Flaviane de Magalhães. A Participação da Vítima no Processo Penal. Rio de Janeiro: Lumen, 2008, p. 95, 108, 115.

condenado (art. 1º, §1º). Os direitos assegurados à vítima também se estenderiam às pessoas vinculadas a ela ("cônjuges, companheiros, familiares em linha reta, irmãos e dependentes"). A normativa também prevê diretrizes para as autoridades judiciais orientarem a vítima sobre seu direito de estar presente em todos os atos processuais, ressaltando o cumprimento das notificações previstas no art. 201, §2º, do CPP[14] e determinando a adoção de providências para que seja ouvida em condições adequadas, prevenindo a revitimização.

A base normativa para um tratamento institucional humanitário e atento aos direitos da vítima já está posta e, por mais que o direito penal não tenha um escopo reparatório, percebe-se que o sistema de justiça brasileiro está adotando um discurso de reconhecimento do estado do ofendido, enquanto sujeito de direitos que merece atenção tanto em sede processual, quanto extraprocessual. Essa postura política favorece o desenvolvimento de iniciativas e programas inclusivos em relação ao ofendido, o que atrai a atenção institucional para a JR.

A Resolução CNMP nº 118/2014, sem restringir a natureza do caso penal, define que a aplicação das práticas restaurativas é recomendada para situações em que seja viável a reparação dos efeitos da infração por meio da harmonização entre o(s) seu(s) autor(es) e a(s) vítima(s), objetivando-se restaurar o convívio social e a efetiva pacificação dos relacionamentos[15]. Com a Resolução CNJ nº 225/2016, que trata da política judicial de implementação da JR, a importância da participação da vítima e compartilhamento de responsabilidades entre ela e o autor da ofensa para, dialogicamente, construírem uma resposta ao caso penal, valorizou-se ainda mais o ato de criar oportunidades de intervenção direta do vitimado no resultado da tutela institucional do caso penal.

Ainda, em 2019, o CNJ publicou a Resolução nº 288, dispondo sobre a política judicial para a promoção de alternativas penais com enfoque restaurativo em substituição à pena privativa de liberdade, em cuja normatização está prevista a necessidade de firmar termos de cooperação para a integração entre a rede do Poder Executivo e do Poder Judiciário para estruturar serviços e o acompanhamento das alternativas penais, a partir da especificidade de cada caso, ressaltando mais uma vez o compromisso institucional com outros

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

14 "art. 201. Sempre que possível, o ofendido será qualificado e perguntado sobre as circunstâncias da infração, quem seja ou presuma ser o seu autor, as provas que possa indicar, tomando-se por termo as suas declarações. (...)§ 2º O ofendido será comunicado dos atos processuais relativos ao ingresso e à saída do acusado da prisão, à designação de data para audiência e à sentença e respectivos acórdãos que a mantenham ou modifiquem". Em: BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Brasília: Congresso Nacional, 1941.

15 BRASIL. Resolução nº 118 de 1º de dezembro de 2014. Brasília: Conselho Nacional do MP, 2014.

meios de reagir ao crime.

Para Paul McCold, a desilusão com o punitivismo e com os paradigmas da reabilitação propiciou um clima político para que a JR fosse cogitada como uma via alternativa de interpretação e de reação ao crime[16]. Lode Walgrave também identificou que as raízes da institucionalização das práticas restaurativas estão associadas aos movimentos pelos direitos das vítimas, linhas teóricas comunitaristas e vertentes da criminologia crítica[17]. Da mesma forma, as políticas pela informalização da justiça, o apelo à restituição como sanção e os movimentos pela reconciliação e a justiça social influenciaram esse processo[18].

Uma pergunta que pode surgir é: a JR se propõe a restaurar o que? Para Daniele Arlé o fim último é "restaurar a humanidade não-violenta presente em todos", vez que, conforme estudos de Nowak e Highfield, a capacidade de cooperação foi um dos elementos responsáveis pela sobrevivência e evolução da espécie.[19] Portanto, cumpre esclarecer que uma prática restaurativa não precisa promover a reaproximação entre vítima e autor da ofensa, para ser bem-sucedida, vez que isso já se alcança quando ambos colaboram para a solução do dano e a construção de um futuro pessoal e comunitário melhor.

A definição mais citada de JR é a de Tony Marshall, que a conceitua como um processo no qual todas as partes com uma participação em uma ofensa reúnem-se (voluntariamente) para resolver coletivamente sobre como lidar com suas consequências e implicações para o futuro[20]. Paul McCold e Ted Wachtel acataram essa definição, por entenderem que as práticas restaurativas se caracterizam pela esquematização conjunta, por meio de diálogo mediado, de soluções adequadas a sanar antagonismos entre pessoas e a reparar danos advindos de conflitos ou ofensas cometidas[21]. Em linha semelhante, mas com maior enfoque de conscientização e transformação social, a Resolução

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

16 MCCOLD, Paul. Toward a Mid-Range Theory of Restorative Criminal Justice: A Reply to the Maximalist Model. Paper apresentado em: Third International Conference on Restorative Justice for Juveniles. Leuven (Bélgica): Outubro 24-27, 1999, p. 1.

17 WALGRAVE, Lode. Investigating the Potentials of Restorative Justice Practice. Washington University Journal of Laws & Policy. Washington: v. 36 Restorative Justice, n. 91, p. 91-139, 2011, p. 94.

18 SUZUKI, Mashiro; HAYES, Hennessey. Current Debates over Restorative Justice: Concept, Definition and Practice. Prison Service Journal 2016. Brisbane: n. 228, p. 4–8, 2016, p. 5

19 ARLÉ, Danielle de Guimarães Germano. A Justiça Restaurativa e o Ministério Público Brasileiro. 1a ed. Belo Horizonte, São Paulo: D´Plácido, 2020. p. 37.

20 SUZUKI, Mashiro; HAYES, Hennessey. Current Debates over Restorative Justice: Concept, Definition and Practice. Prison Service Journal 2016. Brisbane: n. 228, p. 4–8, 2016, p. 6.

21 CUNNEEN, Chris; HOYLE, Carolyn. Debating Restorative Justice. Oxford: Hart Publishing, Portland Oregon, EUA, 2010, p. 1-2.

CNJ nº 225/2016 conceitua a JR como um conjunto de princípios, métodos, técnicas e atividades que visa à conscientização sobre os fatores relacionais, institucionais e sociais motivadores de conflitos e violência, por meio do qual os conflitos que geram dano, concreto ou abstrato, são solucionados de forma estruturada.

Para Howard Zehr e Ali Gohar, a maior preocupação da JR é o dano sofrido pelas vítimas e pelos laços comunitários no contexto em que o crime foi praticado[22]. Assim, como alicerce básico da JR, os autores apontam a significação do crime como uma conduta que lesa pessoas e relacionamentos, gerando ao autor da ofensa a obrigação de assumir uma postura ativa de retratação e de reparação, permitindo que o ofendido e membros da comunidade integrem o processo decisório quanto à definição das obrigações reparadoras. Nessa perspectiva, Zehr apresentou a JR como um paradigma que atenta para as necessidades psicológicas e materiais dos seres humanos afetados pela conduta criminosa, o que inclui o autor da ofensa. Esses sujeitos teriam a oportunidade para transformar, por meio do diálogo e do cumprimento de compromissos, a vivência negativa do crime em algo construtivo, restaurando a qualidade dos vínculos afetados, empoderando a vítima para recuperar a dignidade lesada, e respeitando o ofensor como um agente responsável capaz de reparar seus atos e assumir obrigações[23].

Quanto aos princípios reitores, de matriz filosófica, das práticas restaurativas, extraídos de normativas como a Resolução CNJ nº 225/2016, e a Resolução nº 2002/12 do Conselho Econômico e Social da Organização das Nações Unidas, pode-se citar: (i) a noção de crime enquanto violação direta ou indireta de pessoas e relacionamentos, (ii) a pressuposição de que o crime gera obrigações para as pessoas envolvidas e afetadas por ele, assim como para o Estado e para a sociedade, (iii) a corresponsabilidade, (iv) a reprovação do ato pela censura dialógica, (v) a inclusão, (vi) a maximização da autonomia e (vii) da proporcionalidade. Os princípios de matriz operacional, extraídos dos primeiros, correspondem: (i) à adesão voluntária, (ii) à consensualidade em relação aos resultados, (iii) à decisão informada, (iv) à confidencialidade do conteúdo dos diálogos, (v) à segurança, (vi) à horizontalidade no tratamento, (vii) à imparcialidade dos facilitadores, (viii) ao diálogo e (ix) à reparação[24].

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

22 ZEHR, Howard; GOHAR, Ali. The Little Book of Restorative Justice. Unigraphics, 2002, p. 21.

23 ZEHR, Howard. Trocando as Lentes: Um novo foco sobre o crime e a justiça. São Paulo: Palas Athena, 2008, p. 89-90.

24 SILVA, Mário Edson Passerino Fischer. (Re)pensando a construção de um modelo restaurativo de justiça autenticamente brasileiro: de uma alternativa à tutela penal e à punição à construção de uma justiça inclusiva Curitiba: Dissertação de mestrado, Universidade Federal do Paraná, 2020, p. 402.

As práticas de JR, portanto, dão especial atenção aos sentimentos, necessidades e expectativas da vítima em uma perspectiva de compreensão das causas e consequências do delito, de empoderamento, de reparação e de restauração da sensação de segurança. Enquanto pessoa diretamente afetada pelo crime, o ofendido pode ser o melhor ator para evidenciar as consequências do crime, definir os parâmetros para a reparação de seus danos, censurar dialogicamente as ações do seu ofensor, possibilitando que esse conheça a dimensão de seus atos, e torne evidente os aspectos relacionais do conflito. Ela não é importante somente porque conhece o caso talvez com maior profundidade do que qualquer operador do direito, mas também em razão de poder fazer as perguntas certas, as indagações que façam sentido para o autor da ofensa e para os demais afetados pelo crime, gerando, em vez de antagonismo, a tentativa de entendimento e de superação do mal causado. A vítima, o autor da ofensa e sua teia de relações são a ponte entre o direito penal e o humano, e a JR nos ensina que a chave para a efetiva transformação da prestação jurisdicional é a integração.

Esse paradigma está alinhado com o compromisso do Estado brasileiro, previsto no preâmbulo da Constituição Federal, da solução pacífica das controvérsias na ordem interna e internacional[25].

Ressalta-se que, embora a JR não tenha como objetivo fundante a erradicação do sistema processual de tutela penal, as instituições do sistema de justiça apontam para a sua aplicação como uma alternativa de se transformar conflitos, em razão dos impactos relacionais e sociais negativos que tanto o processo quanto a punição promovem. Como exemplo desse movimento, pode ser citada a já mencionada Resolução CNJ nº 288, sobre a aplicação de alternativas penais, com enfoque restaurativo, em substituição à privação de liberdade. Nessa norma restou previsto, sem restrição quanto à natureza do caso, que as técnicas de JR serviriam como medidas válidas enquanto alternativas à intervenção penal, por oportunizarem a devida responsabilização do autor da ofensa sem macular a sua autonomia e liberdade.

Em todo este contexto, o ANPP pode se mostrar um meio eficiente e palatável de concretizar formas alternativas de responsabilização criminal a partir da valorização do ofendido e também a JR. Com esse instituto, (as)os promotoras(es) de justiça aliadas(os) (e alinhadas) com os magistrados, terão a oportunidade de considerar os sentimentos, necessidades e expectativas da vítima, e assim, melhor balizar os termos do ANPP. Havendo interesse desta e do autor da ofensa em se encontrarem para dialogar sobre a situação, as práticas restaurativas se mostram adequadas a oferecer um ambiente seguro e

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

25 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

democrático, no qual a compreensão e eventual consenso quanto a reparação de danos poderão ser materializados em um acordo restaurativo.

2.2 Como o ANPP pode ser um meio de promoção dos direitos das vítimas e da justiça restaurativa

O Ministério Público é instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, bem como a titularidade da ação penal pública (arts. 127 e 129 da CF).

A relevância dada pelo constituinte ao MP exige dele, por meio de seus integrantes, uma constante dedicação à resolutividade das demandas sociais, que são de sua alçada de atenção, fortalecendo seu papel proativo e de protagonismo na defesa do estado democrático de direito, que não se restringe à busca de uma prestação jurisdicional. Observe-se que a Recomendação CNMP nº 54/2017 entende que é resolutiva a atuação que "contribui decisivamente para prevenir ou solucionar, de modo efetivo, o conflito, problema ou a controvérsia..."[26]. Ocorre que, para se alcançar a verdadeira resolutividade é preciso priorizar a autocomposição, na medida em que a solução de um conflito só é reconhecida e efetivamente acatada como válida, pelas pessoas envolvidas, quando contribuem para a construção da resposta. Nessa linha, Lenna Daher enfatiza que a atuação do MP, focada na resolutividade, em contraponto com a demandista, é "proativa, reflexiva e fundada na análise qualificada da realidade social, em sede procedimental, com o objetivo de encontrar a solução efetiva para o conflito, potencializando-se na utilização dos instrumentos extrajudiciais."[27]

A interlocução entre práticas restaurativas e o procedimento de celebração do ANPP depende, antes de tudo, que a(o) agente ministerial tenha conhecimento não apenas dos fluxos envolvendo a proposta e celebração do acordo, como também dos pressupostos e etapas relacionadas a uma abordagem restaurativa. Considerando também que aquela(e) agente do MP não fará uma simples transposição dos termos de eventual acordo restaurativo para o ANPP, o estudo sobre técnicas de negociação integrativa[28] também é importan-

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

26 BRASIL. Recomendação nº 54 de 28 de março de 2017. Brasília: Conselho Nacional do MP, 2017.

27 DAHER, Lenna Luciana Nunes. Ministério Público Resolutivo e o Tratamento Adequado dos Litígios Estruturais. 1a ed. Belo Horizonte, São Paulo: D´Plácido, 2020. p. 25.

28 A negociação integrativa corresponde a um estilo de negociação no qual os esforços dos envolvidos são somados a fim de promover a melhor solução possível para a questão enfrentada, considerando as limitações e aptidões de cada polo na negociação.

te para a celebração do acordo.

No diálogo entre JR e ANPP há, pelo menos, duas dimensões autocompositivas que precisam ser consideradas: **(i)** a negociação entre MP e investigado e **(ii)** a mediação penal, em sentido amplo, entre investigado e vítima. Essas esferas devem dialogar especialmente com base no princípio de respeito à vontade da pessoa ofendida, que na abordagem restaurativa passa a ser uma protagonista fundamental no ritual de reprovação e de reação ao delito. Mesmo assim, o diálogo na mediação penal possui uma conotação pessoal mais profunda do que a negociação entre MP e investigado.

Nesse sentido, embora o objetivo final entre ANPP e práticas restaurativa possa parecer convergente (harmonizar relacionamentos a partir da reprovação do crime e da reparação do mal causado), a(o) promotora(r) de justiça repousará sua atenção em aspectos que os participantes da mediação talvez não considerem. Isso porque a membra(o) do MP, ainda que valorize a vítima e atente para a dimensão humana do conflito, está representando o interesse público, enquanto a vítima veicula interesses e necessidades mais pessoais. Assim, a(o) promotora(r) de justiça deve ponderar também o resgate da sensação da segurança pública e os impactos sociais e comunitários do delito. Tratam-se, portanto, de perspectivas complementares e conciliáveis.

Para entender melhor esses pontos, uma dentre outras possíveis formas de resumir as etapas envolvendo essa interlocução seria: **(i)** convite ao investigado e à vítima para conhecerem a proposta restaurativa associada ao ANPP; **(ii)** conversa dos envolvidos com a(o) promotora(r) de justiça; **(iii)** havendo a adesão à via restaurativa, realização de uma pré-autocomposição com facilitadores para a oitiva dos envolvidos e explicação dos pressupostos, etapas e possíveis encaminhamentos**;** **(iv)** confirmada a adesão, é agendado e realizado o encontro restaurativo; **(v)** havendo consenso, a(o) membra(o) do MP se reunirá com investigado e advogado de defesa para celebrar o ANPP, com base no acordo restaurativo e, se necessário, haverá uma negociação sobre a adequação dos termos com a prévia consulta à vítima; **(vi)** envio do acordo para homologação do juízo; **(vii)** em sendo homologado, parte-se para a fiscalização

---

Nesse sentido, em vez de adotar uma postura competitiva, impositiva ou adversarial, a(o) promotora(r) de justiça, em se tratando da negociação dos termos do ANPP, deverá se atentar para a celebração de combinados que prestações cujo resultado positive pode ser maximizado pelas habilidades e recursos à disposição do autor da ofensa. Assim, para conhecer esses recursos e entender melhor como direcioná-los à reparação de danos para a vítima e comunidade, a(o) promotora(r) adotaria uma postura de diálogo, esclarecendo a sua função, os interesses públicos envolvidos e construindo, com a vítima e autor da ofensa, uma solução exequível em termos de ANPP. Diferente é a negociação distributiva, na qual, com um viés competitivo de "ganha-parte" os envolvidos dividem os seus esforços a fim de obter maiores ganhos a custa das perdas da contraparte. Em: ARLÉ, Danielle de Guimarães Germano. Mediação, Negociação e Práticas Restaurativas no MP. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017, p. 182-185.

do cumprimento do ANPP.

Um alerta importante é averiguar a questão da possibilidade de incidência da prescrição pois, embora em uma visão geral a abordagem restaurativa se mostre mais célere que o processo, não há como desconsiderar que, a depender dos facilitadores e participantes, meses podem ser necessários para se finalizar o trabalho, devendo ser lembrado que o inc. IV, incluído no art. 116 do Código Penal, apenas prevê a suspensão da prescrição após a celebração do ANPP, e não durante as suas tratativas.

A(o) agente ministerial também deixará claro que, além das devidas reparações à vítima, a proposta terá como enfoque a reparação comunitária em razão do interesse social na situação. Portanto, deverá ser explicado que, em não sendo estipulada uma prestação comunitária pela via restaurativa, termos complementares nesse sentido poderão ser acordados entre acusação e investigado (e sua defesa) na finalização do ANPP.

Não havendo o risco de prescrição, o convite poderia ser feito pelos integrantes da promotoria de justiça ao investigado e seu advogado e, então, à vítima. Na conversa com os dois primeiros, o MP pode, em vez de propor os termos de ANPP, explicar a possibilidade de encaminhamento do caso à via restaurativa, e que eventual acordo entre vítima e investigado será usado como balizador do ANPP. Outra possibilidade é que a (o) agente do MP converse primeiro com a vítima, angariando ideias para o acordo com base nesse diálogo, e então as considere nas propostas a serem feitas ao autor da ofensa.

Havendo interesse pela via restaurativa, em qualquer um dos fluxos aventados, deverá ser ressaltado o sigilo e incomunicabilidade do conteúdo dos diálogos realizados durante a participação no programa com os procedimentos formais vinculados ao caso. Dessa forma, a(o) promotora(r) de justiça encaminhará vítima ou investigado para uma pré-autocomposição com os facilitadores que mediarão as práticas, a fim de que esses possam escutar seus relatos espontâneos, realizar as perguntas pertinentes à abordagem restaurativa e apresentar com mais detalhes o funcionamento da JR. Com a adesão, os envolvidos assinarão um termo de consentimento livre e esclarecido, oficializando seu interesse e estando cientes de que, até a homologação do acordo restaurativo, podem desistir da participação (art. 2, §2º, Resolução CNJ nº 225/2016).

Um adendo necessário. Recomenda-se que a(o) agente ministerial responsável pelo caso não exerça a função de facilitador, mesmo tendo formação, a fim de que os participantes não se retraiam e, processualmente, não seja questionada a sua imparcialidade, em vista das informações sensíveis que podem ser expostas durante a prática restaurativa. Também é importante assegurar a autonomia técnica dos facilitadores, de acordo com sua formação e fundados no compromisso ético com a causa.

Em seguida, os facilitadores usarão as informações colhidas na pré-autocomposição para traçar uma estratégia de abordagem da situação, selecionar a técnica mais adequada ao caso (mediação vítima-ofensor, círculo restaurativo, por exemplo) e então agendarão a realização a prática restaurativa, podendo, se necessário, convidar eventuais apoiadores indicados pela vítima ou ofensor para participarem com eles da autocomposição (medida mais comum nos casos de círculos restaurativos). Ainda que os facilitadores não tenham ingerência sobre o resultado da prática, pois isso dependerá da vontade dos envolvidos, as perguntas norteadoras usadas poderão favorecer reflexões sobre as causas relacionais e materiais da prática delitiva. Isso para que, os termos de eventual acordo restaurativo possam considerar encaminhamentos que favoreçam a desconstituição dessas causas, e a melhor reintegração social do autor da ofensa.

Da mesma forma, as medidas reparadoras assumidas serão tanto mais efetivas quanto mais correlacionadas com as necessidades e interesses manifestados durante a prática. Para tanto, os facilitadores podem realizar "testes de realidade", chamando a atenção dos envolvidos para os pontos que foram tratados durante o diálogo e verificando não só as condições de viabilidade de cumprimento do acordo, como também se todos esses pontos relevantes foram considerados. Tal esforço facilitará o trabalho de análise na fase de homologação pelo MP (do acordo restaurativo) e do órgão jurisdicional (do ANPP como um todo) e trará mais sentido às prestações previstas no acordo em relação ao investigado, pois ele mesmo terá construído, e não apenas aderido, os seus termos desse ajuste.

Esse tipo de abordagem aconteceu em um caso do MP de São Paulo envolvendo o projeto AVARC (Acolhimento de Vítimas, Análise e Resolução de Conflitos). Nessa situação, um funcionário de uma empresa, com vínculo pessoal com a proprietária, furtou 30 mil reais da companhia, mas, em razão de conhecer sua situação particular e por imaginar que os efeitos de uma pena poderiam ser muito devastadores à família, a empresária desejava apenas que o montante fosse devolvido. Dessa forma, a promotoria de justiça promoveu um encontro restaurativo entre a vítima e o autor da ofensa e, com base no pedido de reparação, ofertou um ANPP ao autor tendo como condição a reparação do dano de maneira parcelada[29]. Veja-se que as práticas restaurativas oportunizaram outra forma de responder ao crime e responsabilizar o ofensor, prescindindo do caráter aflitivo da pena e dos efeitos negativos do proces-

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

29 MORI, Leticia. 'Por que perdoei o homem que me roubou R$ 30 mil'. São Paulo: BBC News Brasil, 7 de jan. de 2020. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/brasil-50929865#:~:text=Quando%20a%20empres%C3%A1ria%20paulistana%20Fernanda,marido%20o%20conheciam%20havia%20anos. Acesso em 19/08/2020.

so, servindo como uma alternativa a ele, e à punição, mediante a reparação de danos ao ofendido e a promoção de uma censura pública ao crime[30].

O ANPP, ao permitir que o investigado cumpra com celeridade medidas alternativas à pena de prisão, como a reparação do dano, a prestação de serviços à comunidade e o pagamento de multa, tem esta potencialidade de auxiliar na contenção da violência do sistema penal para autores de crimes como furto, estelionato, receptação e tráfico de drogas privilegiado. Segundo Rodrigo Leite Cabral, o ANPP busca efetivar os princípios da eficiência (art. 37, caput, da Constituição) da proporcionalidade (art. 5º, inciso LVI), da celeridade (art. 5º, inciso LXXVIII), e o princípio acusatório (art. 129, incisos I, VI e VI)[31], oportunizando ao sujeito a chance de evitar a estigmatização do processo, eventual aplicação de pena e contribuir com a pacificação social, o que é maximizado pela interlocução entre as práticas restaurativas e este instituto

Outro ponto fundamental do ANPP é a permissão de previsão, por prazo determinado, de condições proporcionais e compatíveis com a infração imputada, como condição de cumprimento do acordo (art. 28-A, inc. V, do CPP). Assim, o instituto abre margem para a oferta de práticas restaurativas e, ainda, recepciona medidas reparadoras mais criativas, que podem emergir do diálogo entre vítima e autor da ofensa.

Um exemplo de solução reparadora criativa, proposta por uma vítima de roubo em sede de uma mediação vítima-ofensor realizada pela equipe do Núcleo de Prática e Incentivo à Autocomposição do MP do Estado do Paraná - NUPIA, foi que o autor da ofensa, que se tornou proprietário de uma pizzaria, no período entre a prática do crime e a realização da mediação, entregasse mensalmente quatro pizzas, na casa da vítima pelo período de 3 meses[32]. Foi também prevista, como prestação para a comunidade, o pagamento de uma cesta básica por mês, pelo período de seis meses, a uma paróquia local. Como a vítima não teve danos patrimoniais, ante a posterior recuperação do bem roubado, esse tipo de prestação criativa, transposta para um ANPP, quando ele for possível, nos termos da legislação (o que não se verifica em relação ao roubo, por exemplo), poderia ser recepcionada como condição de cumprimento do ANPP, em razão da abertura prevista no inc. V, do art. 28-A do CPP.

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

30 GIAMBERARDINO, André Ribeiro. Crítica da Pena e Justiça Restaurativa: A Censura para além da Punição. Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 136-152, 220-221.

31 CABRAL, Rodrigo Ferreira Leite. O acordo de não-persecução penal criado pela nova Resolução do CNMP. CONJUR, 18/09/2017. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2017-set-18/rodrigo-cabral-acordo-nao-persecucao-penal-criado-cnmp. Acesso: 19/08/2020.

32 ESTADO DO PARANÁ. Procedimento Administrativo nº 0046.19.185568-6 (sigiloso). Curitiba: MP do Estado do Paraná, 2020.

Relembra-se que a leitura da proporcionalidade da medida deve sempre ser realizada considerando a opinião da principal interessada no caso: a vítima. Daí a necessidade de escuta qualificada de suas verdadeiras necessidades, que podem ser distintas (e até inusitadas, como no caso acima relatado) daquelas que os operadores do direito pressupõem. E também se retoma Marshall Rosenberg, para ressaltar que "a partir do momento em que as pessoas começam a conversar sobre o que precisam, em vez de falarem do que está errado com as outras, a possibilidade de encontrarem maneiras de atender às necessidades de todos aumenta enormemente"[33].

No caso de não se chegar a um consenso vítima-investigado na prática restaurativa, a(o) promotora(r) de justiça poderá propor um ANPP com base nas informações que lhe foram prestadas inicialmente. Dessa maneira, inevitavelmente, a vontade da vítima será considerada para fins de elaboração do acordo.

É importante lembrar que as prestações direcionadas para a vítima, que forem previstas em cláusulas do ANPP, ou do acordo restaurativo a ele incorporado, podem ser objeto de execução na esfera cível em caso de descumprimento por parte do investigado. Ou seja, o descumprimento do ANPP pode implicar, sem prejuízo do oferecimento de denúncia contra o investigado (art. 28-A, §10º), na execução cível dos compromissos que foram assumidos para reparar o dano à vítima. Entende-se que, no ANPP, também podem ser previstas multas pelo descumprimento das prestações reparatórias, o que aumenta o incentivo ao cumprimento voluntário do acordado.

Isso porque, o acordo restaurativo é um compromisso bilateral vítima--autor da ofensa, ou multilateral, quando há outros participantes envolvidos, sendo protegido pelo direito das obrigações do direito civil. Como tal, após homologado judicialmente, ganha o *status* de título executivo judicial (CPC, art. 515, III)[34]. Já o ANPP é acordo de natureza penal, bilateral, celebrado entre o MP e o autor do fato imputado como crime. Não se confundem, são documentos distintos ainda que o acordo restaurativo possa informar e integrar o ANPP.

Nesse sentido, a previsão de multas moratórias, de correção monetária e mesmo de cláusulas que deixem clara a inexistência de limitação a indenizações que podem vir a ser pleiteadas pela vítima, em caso de descumprimento do ANPP, favorecem o seu cumprimento voluntário e compensam eventuais esforços executórios na área cível, se o acordo for desrespeitado. O ANPP descumprido se torna, além de uma autorização para a denúncia, um título exe-

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

33 ROSENBERG, Marshall B. Comunicação Não-violenta: técnicas para aprimorar relacionamentos pessoais e profissionais. 2a ed. São Paulo: Ágora, 2006. p. 86.

34 BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Brasília: Congresso Nacional, 2015.

cutivo judicial, o que também pode ser explicitado em seus termos. Lembra-se ainda que o art. 68 do CPP prevê que quando a vítima for "pobre", o MP promoverá, a seu requerimento, ação indenizatória de reparação.

Anota-se, ainda, que o ANPP é considerado desrespeitado tanto por sua inobservância absoluta quanto parcial, pois as reparações à vítima não desoneram o investigado de cumprir, se estiverem previstas, outras prestações, como serviços comunitários, e vice-versa.

Uma questão que pode implicar em grande dificuldade operacional é a impossibilidade de consenso, entre o MP e o autor dos fatos, ou entre este e a vítima, em relação ao valor a ser reparado. Esse dissenso pode recair sobre a extensão e valoração do prejuízo financeiro do ofendido, ou em relação a despesas decorrentes, como lucros cessantes ou tratamentos para a superação do trauma. Ainda, é de se esperar que em uma gama considerável de casos o limite de disponibilidade de ressarcimento do autor do fato seja inferior às pretensões da vítima ou do MP. Diante desse impasse poder-se-ia cogitar da aplicação da exceção prevista no inc. I do artigo 28-A.

Defende-se, porém, que a via prudente é, após confirmar por meio de diligências de averiguação e checagem que o autor do fato está no limite de sua capacidade indenizatória, estabelecer-se que o valor ajustado no ANPP seja a título de antecipação do ressarcimento, e que não impedirá a vítima de ingressar na seara cível, pugnando a complementação. Essa é uma possível saída para que não seja inviável a celebração do ANPP em razão das limitações do investigado, mas, ao mesmo tempo, ofereça condições para aplacar o dano. Nessa circunstância, como se trata de reparação parcial, o inciso do art. 28-A do CPP que a respaldaria não seria o I, mas o V.

Outro cuidado é que a(o) membra(o) do MP deve ter foco em todos os participantes do caso e ouvir com atenção seus sentimentos e necessidades, fazendo perguntas que possam aprofundar a colaboração de todos no processo de construção da resposta penal. Afinal, essa postura pode "proporcionar a empatia e permitir a geração de opções criativas para encontrar soluções para os problemas"[35]. Por vezes a vítima, embora inicialmente defendendo severa punição ao autor do dano, com o transcorrer das tratativas passa a externar o desejo de ouvir um sincero e definitivo pedido de desculpas do autor da ofensa, bem como o compromisso de que ele faça alguma contribuição para a comunidade. A mudança de opinião não decorre de um engodo ou equívoco, em qualquer momento, mas é explicada pela percepção de que ela foi acolhida, ouvida e integrada à decisão do caso penal.

Por fim, cumprido o acordo, com base no que prevê a legislação, o juiz

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

35 ARLÉ, Danielle de Guimarães Germano. A Justiça Restaurativa e o Ministério Público Brasileiro. 1a ed. Belo Horizonte, São Paulo: D´Plácido, 2020. p. 123.

de execução decretará a extinção da punibilidade (art. 28-A, §13, do CPP) e o ato não constará na ficha de antecedentes do investigado (art. 28-A, §12, do CPP); mas no caso dele não cumprir o que foi acordado, o MP comunicará o juízo da execução para fim de rescisão do ANPP e poderá oferecer a denúncia, bem como deixar de ofertar a suspensão condicional do processo, mesmo se cabível (art. 28-A, §11, do CPP).

3. Conclusões

O sistema penal convencional é alvo de fundadas críticas em vista de sua ineficiência, seletividade, complacência, sendo desumano e eminentemente repressor. O descontentamento da sociedade é tal que ecoa em adeptos das diversas perspectivas, sejam elas ligadas à defesa de seu recrudescimento ou abrandamento.

As reflexões expostas neste texto buscam apresentar uma alternativa a este quadro frustrante, mediante a oportunidade de interlocução entre o ANPP e a justiça restaurativa, importante conjugação para mudar o paradigma de atenção do Estado às vítimas e autores de ofensas, na medida em que viabiliza uma solução autocompositiva e integrativa à resposta penal.

Dessa maneira, se pretendeu demonstrar como a incorporação das práticas restaurativas ao ANPP tem o condão de valorizar o contido na Resolução CNMP nº 118/2014 e também de contribuir para a concretização de "alternativas penais com enfoque restaurativo", conforme a Resolução CNJ nº 288/2019. Também se trilha um caminho direcionado à resolutividade, derivado do princípio constitucional da eficiência, preceituada na Recomendação CNMP 54/2017. Essa diretriz, aliás, foi recentemente reforçada pelo Enunciado nº 28 (ID3557), da 1ª Jornada de Direito Penal e Processual Penal do Conselho da Justiça Federal.

A justiça restaurativa se revela como um paradigma de compreensão e reação ao crime que considera as dimensões humanas e relacionais. Por isso, ela contribui para que as instituições do sistema de justiça, ao reprovarem o ato criminoso, se atentem ao contexto dos vínculos e circunstâncias em que ele ocorreu. O objetivo dessa abordagem é desconstituir as causas e consequências negativas da prática criminosa mediante a construção compartilhada de soluções ao caso.

Ao se oportunizar espaço para uma solução dialogada, o ANPP pode retirar o ofendido do papel subsidiário e colocá-lo como um dos protagonistas do sistema de justiça criminal, ao lado do autor da ofensa, que passa a ser corresponsável pela melhor solução par ao caso penal.

Outro elemento de importância é que eventual acordo restaurativo, o qual não se confunde com o ANPP, embora podendo informá-lo ou integrá-lo,

pode prever a reparação da vítima e, após homologado judicialmente, pode também ser executado, na parte que dispõe sobre direitos patrimoniais da vítima, no juízo cível, como título executivo judicial, em caso de descumprimento.

Mesmo quando não atingido o consenso acerca da integral reparação do ofendido, é possível a celebração do acordo restaurativo e do ANPP. Para tanto pode-se fazer um processo de checagem quanto aos argumentos do autor da ofensa e prever no acordo que o montante proposto por ele será adimplido a título de adiantamento da indenização. Além disso, é oportuno ressalvar que a vítima não está impedida de procurar o juízo cível ou, um novo meio autocompositivo para obter a extensão e complementação que julgar adequada.

Um aspecto a ser salientado é que somente uma escuta qualificada pode apurar quais são os reais sentimentos e necessidades dos envolvidos. Portanto, um diálogo colaborativo permite a construção de soluções criativas para o caso penal, muitas vezes distantes do caráter meramente econômico.

Fica evidente então que mesmo sendo de natureza distinta, a interlocução do ANPP e das práticas restaurativas é plenamente possível e indicada, em razão das políticas de incentivo à autocomposição no sistema de justiça. E esta conjugação poderá contribuir para a atuação realmente resolutiva do MP, favorecer a promoção da paz social, bem como a compreensão das causas e consequências do delito, privilegiando, ainda, a devida reintegração social do autor da ofensa, respeitando-se sua dignidade, como alguém capaz de reparar o que fez e ter seus vínculos restaurados com o Estado e com a sociedade.

A vítima, ao seu turno, é acolhida, ouvida, tem seus sentimentos validados e é compreendida em suas reais necessidades, tanto pelo MP como pelo sistema de justiça, de tal modo que poderá contribuir com maior protagonismo à decisão acerca da resposta penal em relação ao que a atingiu. Essa integração entre sociedade e Estado é fundamental para se construir uma nova visão de justiça, fundada no paradigma da solução pacífica de controvérsias, que atenda de maneira adequada aos objetivos fundamentais da República, previstos na Constituição Federal.

4. Referências

ARLÉ, Danielle de Guimarães Germano. Mediação, Negociação e Práticas Restaurativas no MP. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

ARLÉ, Danielle de Guimarães Germano. A Justiça Restaurativa e o Ministério Público Brasileiro. 1a ed. Belo Horizonte, São Paulo: D´Plácido, 2020.

BARROS, Flaviane de Magalhães. A Participação da Vítima no Processo Penal.

Rio de Janeiro: Lumen, 2008.

BONAVIDES, Samia Saad Gallotti; SILVA, Mário Edson Passerino Fischer da. As práticas restaurativas como uma alternativa à persecução penal: da ressignificação do caso penal a uma necessária concretização do princípio da ultima ratio Revista Jurídica do MP do Estado do Paraná, ano 6, n. 11, Curitiba, p. 74-101, 2019.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Brasília: Congresso Nacional, 1941.

BRASIL. I Jornada de Direito e Processo Penal. Brasília: Centro de Estudos Judiciários do Conselho de Justiça Federal, 10 a 14 de agosto de 2020. Disponível em: https://www.conjur.com.br/dl/jornada-direito-processo-penal.pdf.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Brasília: Congresso Nacional, 2015.

BRASIL. Resolução nº 118 de 1º de dezembro de 2014. Brasília: Conselho Nacional do Ministério Público, 2014.

BRASIL. Recomendação nº 54 de 28 de março de 2017. Brasília: Conselho Nacional do Ministério Público, 2017.

CABRAL, Rodrigo Ferreira Leite. O acordo de não-persecução penal criado pela nova Resolução do CNMP. CONJUR, 18 de setembro de 2017. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2017-set-18/rodrigo-cabral-acordo-nao-persecucao-penal-criado-cnmp.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. A Lide e o Conteúdo do Processo Penal. Curitiba: Juruá, 1989.

CUNNEEN, Chris; HOYLE, Carolyn. Debating Restorative Justice. Oxford: Hart Publishing, Portland Oregon, EUA, 2010.
DAHER, Lenna Luciana Nunes. Ministério Público Resolutivo e o Tratamento Adequado dos Litígios Estruturais. 1a ed. Belo Horizonte, São Paulo: D´Plácido, 2020.

ESTADO DO PARANÁ. Procedimento Administrativo nº 0046.19.185568-6. Curitiba: MP do Estado do Paraná, 2020.

GIAMBERARDINO, André Ribeiro. Crítica da Pena e Justiça Restaurativa: A Censura para além da Punição. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

MCCOLD, Paul. Toward a Mid-Range Theory of Restorative Criminal Justice: A Reply to the Maximalist Model. Paper apresentado em: Third International Conference on Restorative Justice for Juveniles. Leuven: Outubro 24-27, 1999.

MORI, Leticia. 'Por que perdoei o homem que me roubou R$ 30 mil'. São Paulo: BBC News Brasil, 7 de jan. de 2020. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/brasil-50929865#:~:text=Quando%20a%20empres%C3%A1ria%20paulistana%20Fernanda,marido%20o%20conheciam%20havia%20anos

ROSENBERG, Marshall B. Comunicação Não-violenta: técnicas para aprimorar relacionamentos pessoais e profissionais. 2a ed. São Paulo: Ágora, 2006.

SILVA, Mário Edson Passerino Fischer. (Re)pensando a construção de um modelo restaurativo de justiça autenticamente brasileiro: de uma alternativa à tutela penal e à punição à construção de uma justiça inclusiva Curitiba: Dissertação de mestrado, Universidade Federal do Paraná, 2020.

SUZUKI, Mashiro; HAYES, Hennessey. Current Debates over Restorative Justice: Concept, Definition and Practice. Prison Service Journal 2016. Brisbane: n. 228, p. 4–8, 2016.

WALGRAVE, Lode. Investigating the Potentials of Restorative Justice Practice. Washington University Journal of Laws & Policy. Washington: v. 36 Restorative Justice, n. 91, p. 91-139, 2011.

YARED, Christiane. Sancionada lei que endurece pena para motorista bêbado que dirige e mata. 20 de dezembro de 2017. Disponível em: https://christianeyared.com.br/sancionada-lei-que-endurece-pena-para-motorista-bebado-que-dirige-e-mata/.

ZEHR, Howard. Trocando as Lentes: Um novo foco sobre o crime e a justiça. São Paulo: Palas Athena, 2008.

ZEHR, Howard; GOHAR, Ali. The Little Book of Restorative Justice. Unigraphics, 2002.

CONSEQUÊNCIAS SISTEMÁTICAS DA NOVA DISCIPLINA DO ARQUIVAMENTO DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL NO ART. 28 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Thadeu Augimeri de Goes Lima[1]

SUMÁRIO:

RESUMO

A chamada "Lei Anticrime" (Lei 13.964/2019) trouxe diversas e impactantes modificações ao ordenamento processual penal brasileiro. Uma delas incidiu sobre a disciplina do arquivamento dos autos de investigação criminal ou de peças informativas criminais na Justiça Comum de primeiro grau, que, em uma guinada orientada a aprofundar as características acusatórias do nosso processo penal condenatório, passou de ato administrativo decisório complexo e eventualmente composto que envolvia o Ministério Público e o Poder Judiciário, este em exercício de função atípica ou anômala de fiscal da obrigatoriedade da ação penal pública, conforme a redação original do art. 28 do Código de Processo Penal, a ato administrativo decisório composto processado apenas internamente no âmbito do *Parquet,* nos moldes do reformado dispositivo. O

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

1 Pós-doutorado em andamento pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Doutor em Direito Processual pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Especialista em Direito e Processo Penal pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Diretor e professor da Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Paraná (FEMPAR), unidade de Londrina. Promotor de Justiça de Entrância Final do Ministério Público do Estado do Paraná, titular na Comarca da Região Metropolitana de Londrina.

objetivo deste texto é examinar as consequências sistemáticas diretas da nova redação do art. 28 do CPP. Na consecução da tarefa, utilizam-se preferencialmente os métodos dialético, indutivo, dedutivo e sistemático.

PALAVRAS-CHAVE: arquivamento da investigação criminal; “Lei Anticrime” (Lei 13.964/2019); reforma do CPP; nova redação do art. 28; consequências sistemáticas.

Introdução

A chamada “Lei Anticrime” (Lei 13.964/2019) trouxe diversas e impactantes modificações ao ordenamento processual penal brasileiro, cujas profundas repercussões ainda não foram inteiramente assimiladas e estudadas pela comunidade jurídica.

Uma dessas modificações incidiu sobre a disciplina do arquivamento dos autos de investigação criminal ou de peças informativas criminais na Justiça Comum de primeiro grau, que, atendendo a um antigo clamor doutrinário e em uma guinada orientada a aprofundar as características acusatórias do nosso processo penal condenatório, passou de *ato administrativo decisório complexo e eventualmente composto* que envolvia o Ministério Público e o Poder Judiciário, este em exercício de função atípica ou anômala de fiscal da obrigatoriedade da ação penal de iniciativa pública, conforme a redação original do art. 28 do Código de Processo Penal, a ato administrativo decisório composto processado apenas internamente no âmbito do *Parquet*, nos moldes do novo regramento.[2]

Essa mudança de disciplina traz consigo importantes consequências sistemáticas, sendo o objetivo deste trabalho examinar as que diretamente se

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

2 Deve-se ressaltar que, no momento em que redigimos estas linhas, a nova redação do caput do art. 28 do CPP tem as suas eficácia e aplicabilidade suspensas sine die por força de medida cautelar concedida pelo Min. Luiz Fux na ADI 6.305/DF, ajuizada perante o Supremo Tribunal Federal, em decisão monocrática proferida em 22.01.2020, sob o argumento de que a alteração promovida no rito de arquivamento do inquérito policial violava as cláusulas que exigem prévia dotação orçamentária para a realização de despesas (art. 169 da CF/1988) e a autonomia financeira dos Ministérios Públicos (art. 127, §§ 1º a 6º, da CF/1988), especialmente por desconsiderar os impactos sistêmicos e financeiros ao funcionamento dos órgãos do Parquet, bem como de que a previsão do dispositivo impugnado de entrar em vigor em 23.01.2020, sem que os Ministérios Públicos houvessem tido tempo hábil para se adaptarem estruturalmente à nova competência estabelecida, revelava a irrazoabilidade da regra, tornando-a inconstitucional, visto que a vacatio legis da Lei 13.964/2019 transcorreu integralmente durante o período de recesso parlamentar federal e estadual, o que impediu qualquer tipo de mobilização dos Ministérios Públicos para a propositura de eventuais projetos de lei que viessem a possibilitar a implementação adequada da nova disciplina.

vinculam à nova redação do art. 28 do CPP.

Na consecução da tarefa, utilizamos preferencialmente os métodos dialético, indutivo, dedutivo e sistemático.

O método dialético é tomado em sua acepção clássica e mais ampla de contraposição de ideias e argumentos possivelmente colidentes, no esforço de obter uma síntese superadora das suas contradições.

Já os métodos indutivo e dedutivo são empregados para identificar os traços fundamentais do novel modelo do arquivamento e, a partir deles, deduzir consequências aplicáveis a esse próprio regime e a outros temas processuais penais que se relacionem diretamente com ele.

O método sistemático, por sua vez, é usado para organizar de forma coerente, harmônica, inteligível e sem antinomias os elementos encontrados e correlacionados.

Primeiramente, expomos as linhas gerais da nova disciplina do arquivamento no art. 28 do CPP, em cotejo com a originalmente prevista. Na sequência, verificamos os reflexos do renovado dispositivo nos temas do arquivamento parcial, do arquivamento implícito e do arquivamento indireto. Depois, abordamos as questões da impugnação administrativa do arquivamento quando se trate de infrações penais contra bens jurídicos difusos e coletivos, da coisa julgada no arquivamento e do impacto sobre a Súmula 524 do STF. Ao final, apresentamos, na forma de enunciados sintéticos, as principais conclusões extraídas dos raciocínios que desenvolvemos ao longo do texto.

1. Linhas gerais da nova disciplina do arquivamento no art. 28 do CPP

Conforme a redação original do art. 28 do CPP, com aplicação no primeiro grau da Justiça Comum, isto é, das Justiças Estaduais, da Justiça do Distrito Federal e dos Territórios e da Justiça Federal, se o agente ministerial, ao invés de oferecer denúncia, promovesse o arquivamento dos autos de investigação criminal ou de quaisquer peças informativas criminais, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, deveria fazer a remessa daqueles ao Procurador-Geral, a quem incumbiria ajuizar a acusação, designar outro membro do *Parquet* para fazê-lo ou insistir na promoção de arquivamento, à qual só então estaria o magistrado obrigado a atender.

A disciplina em questão sofria alguma alteração no que tange ao Ministério Público Federal e ao Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios, por força, respectivamente, dos arts. 62, inc. IV, e 171, inc. V, da Lei Complementar 75/1993 (Lei Orgânica do Ministério Público da União), que atribuem às Câmaras de Coordenação e Revisão daqueles ramos do MPU a manifestação sobre a promoção de arquivamento de autos de investigação

criminal ou peças informativas criminais, ante a discordância do juiz.[3]

O arquivamento, sob a égide da primeva versão do art. 28 do CPP, consistia destarte em um *ato administrativo decisório complexo e eventualmente composto* que envolvia o Ministério Público e o Poder Judiciário, este em exercício de *função atípica* ou *anômala* de fiscal da obrigatoriedade do exercício da ação penal de iniciativa pública.[4]

Com efeito, o arquivamento era um *ato administrativo decisório complexo* porque seu aperfeiçoamento dependia da conjugação das manifestações de vontades de dois órgãos pertencentes a estruturas institucionais distintas: primeiro, a promoção pelo *Parquet*; na sequência, a deliberação sobre ela pelo Poder Judiciário. Ademais, o arquivamento era um *ato administrativo decisório eventualmente composto* porque apenas se o juiz discordasse da promoção ministerial é que determinaria a remessa dos autos da investigação criminal ou das peças informativas criminais à chefia do Ministério Público, que teria a última palavra sobre o assunto. Vale dizer, o reexame do arquivamento pelo Procurador-Geral era fenômeno contingente e condicionado à falta de concordância com aquele por parte do juiz, mas, uma vez provocado, e caso reconhecesse fundamento à promoção ministerial, sobrepunha-se ao entendimento judicial.[5]

A decisão do magistrado, assim, sob o *critério orgânico-subjetivo*, era *judicial*, justamente porque proferida por um juiz. Porém, sob o *critério conteudístico-objetivo*, ela era *não jurisdicional*; mais precisamente, tinha nature-

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

3 Entendia-se que tais dispositivos dialogavam com o art. 28 do CPP. No MPF, por conseguinte, a decisão final acerca do arquivamento competiria ao Procurador-Geral da República, colhendo-se antes o pronunciamento da Câmara de Coordenação e Revisão criminal com atribuição para se manifestar. Na prática, porém, o PGR não tomava parte no reexame e a função que o art. 28 do CPP lhe cometia era de fato exercida pelas próprias Câmaras de Coordenação e Revisão criminais, as quais deliberavam de forma final pela homologação ou não do arquivamento. Já no MPDFT, as duas Câmaras de Coordenação e Revisão com atribuições criminais apenas opinavam, cabendo a decisão final de homologação ou não ao Procurador-Geral de Justiça. Cf. BARROS, Francisco Dirceu; ARAS, Vladimir. O arquivamento do inquérito policial pelo Ministério Público após a Lei Anticrime. Gen Jurídico, São Paulo, Artigos, Atualidades, Processo Penal, 9 jan. 2020.

4 No correto sentido de que o arquivamento se tratava de ato administrativo decisório complexo ou decisão administrativa complexa que traduzia o exercício de função atípica ou anômala pelo Poder Judiciário, v. MARQUES, José Frederico. Elementos de direito processual penal. Rio de Janeiro: Forense, 1961. v. II. p. 171-172; DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 112; JARDIM, Afrânio Silva. Arquivamento e desarquivamento do inquérito policial. In: JARDIM, Afrânio Silva; AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de. Direito processual penal: estudos e pareceres. 14. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016. p. 272-273; BARROS, Francisco Dirceu; ARAS, Vladimir. O arquivamento do inquérito policial pelo Ministério Público após a Lei Anticrime, cit.; e NICOLITT, André. Manual de processo penal. 10. ed. Belo Horizonte; São Paulo: D'Plácido, 2020. p. 67-69.

5 Cf. JARDIM, Afrânio Silva. Arquivamento e desarquivamento do inquérito policial, cit., p. 273.

za administrativa e escopo de supervisionar a correção da resolução de não acusar, em vista da proclamada obrigatoriedade do exercício da ação penal de iniciativa pública.[6] A prevalência da *opinio* da chefia do *Parquet* sobre o entendimento do magistrado e a imposição de que este a atendesse inclusive fortalecia o argumento de que não se tratava de ato jurisdicional.

A "Lei Anticrime" modificou o teor do art. 28 do CPP e trouxe profunda transformação para a disciplina do arquivamento, buscando aprofundar as características acusatórias do nosso processo penal condenatório.

O *caput* do renovado preceito estatui que, ordenado o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer elementos informativos da mesma natureza – incluindo-se, portanto, o termo circunstanciado de infração penal previsto na Lei 9.099/1995, o procedimento investigatório criminal ministerial de que cuida a Resolução 181 do Conselho Nacional do Ministério Público e outros expedientes investigatórios extrapoliciais contendo elementos indicativos de ilícitos criminais (v.g., oriundos de Comissões Parlamentares de Inquérito, de Corregedorias, das Receitas Federal, Estadual e Municipal etc) –, o órgão do Ministério Público comunicará à vítima, ao investigado e à autoridade policial e encaminhará os autos à instância de revisão ministerial para fins de homologação, na forma da lei.

Logo, com a vigência do novo regramento do arquivamento, exclui-se o juiz da anômala ou atípica função de fiscal do *jus persequendi* que lhe era atribuída e entrega-se o reexame necessário da decisão ministerial diretamente à instância revisional própria de cada ramo do Ministério Público. O arquivamento, nesses moldes, torna-se um *ato administrativo decisório composto* processado apenas internamente no âmbito do *Parquet*, que somente se aperfeiçoará com a submissão da decisão do agente ministerial atuante em primeiro grau ao orgão revisor de sua Instituição, ao qual aquele deve, de ofício, remeter os autos.[7]

O reformado art. 28, *caput*, do CPP não explicita qual seria tal órgão revisor, o que conduz à necessidade de identificá-lo mormente a partir das leis orgânicas dos Ministérios Públicos, sem prejuízo do emprego da analogia. Desta forma, nos Ministérios Públicos Estaduais, a revisão há que ficar a cargo do Procurador-Geral de Justiça ou de órgão que receba sua delegação para fazê-lo, por interpretação sistemática dos arts. 10, incs. VIII e IX, d, e 29, incs. VII e IX, da Lei 8.625/1993 (Lei Orgânica Nacional dos Ministérios Públicos dos

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

6 Cf. JARDIM, Afrânio Silva. Arquivamento e desarquivamento do inquérito policial, cit., p. 272.

7 Cf. NICOLITT, André. Manual de processo penal, cit., p. 68-69; e COMISSÃO ESPECIAL – GRUPO NACIONAL DE COORDENADORES DE CENTRO DE APOIO CRIMINAL (GNCCRIM). Enunciados interpretativos da Lei n. 13.964/2019 – Lei Anticrime. Brasília, 2020. Enunciados 7, 10, 11 e 13.

Estados), ao passo que no Ministério Público Federal e no Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios a revisão há que ficar a cargo do Procurador-Geral da República e do Procurador-Geral de Justiça, respectivamente, com prévias manifestações das suas Câmaras de Coordenação e Revisão criminais, podendo também a decisão final ser delegada a estas, por inteligência dos arts. 49, incs. XXII e XXIII, 50, inc. I, 62, inc. IV, e 171, inc. V, da LC 75/1993, c/c o art 357, § 1º, do Código Eleitoral (Lei 4.737/1965) e o art. 397, § 1º, do Código de Processo Penal Militar (Decreto-lei 1.002/1969), estes últimos aplicáveis, em parte, analogicamente.[8]

Com efeito, como dito mais acima, o art. 28 do CPP tem incidência no primeiro grau da Justiça Comum, isto é, das Justiças Estaduais, da Justiça do Distrito Federal e dos Territórios e da Justiça Federal. Logo, a sua alteração não modificou os diplomas que regem a persecução penal nas Justiças Especializadas, vale dizer, a Justiça Eleitoral e a Justiça Militar, prosseguindo vigentes os supracitados dispositivos do Código Eleitoral e do CPPM. Em relação a tais Justiças, portanto, a nova disciplina do arquivamento se mostra apenas um desejável modelo a ser adotado de *lege ferenda*.

Por outro lado, o reformado art. 28 do CPP revogou tacitamente os dispositivos da legislação processual penal aplicáveis no âmbito da Justiça Comum que se embasavam na disciplina original do arquivamento, notadamente o art. 7º, in fine, da Lei 1.521/1951 (que define os crimes contra a economia popular) – o qual estabelecia que a decisão judicial que acolhia a promoção ministerial de arquivamento se sujeitava a "recurso de ofício" (*rectius*: reexame necessário) – e o art. 54, inc. I, da Lei 11.343/2006 (Lei Antidrogas) – que utilizava a expressão "*requerer* o arquivamento", pressupondo a fiscalização judicial –, ex vi do art. 2º, § 1º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

Questão tormentosa diz respeito à revogação ou não do art. 384, § 1º, do CPP, que versava sobre o *aditamento provocado* em tema de *mutatio libelli,* pois duas interpretações se afiguram possíveis.

A primeira interpretação, que preferimos, é no sentido de que ele também foi revogado tacitamente pelo reformado art. 28 do CPP, porque a disciplina do controle da falta de *mutatio libelli* estatuída no art. 384, § 1º, ao fazer o reenvio ao art. 28, tinha como sua *ratio* fundante a mesma da antiga disciplina do arquivamento, qual seja, a função atípica ou anômala de fiscal da obrigatoriedade do exercício da ação penal de iniciativa pública desempenha-

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

8 Cf. BARROS, Francisco Dirceu; ARAS, Vladimir. O arquivamento do inquérito policial pelo Ministério Público após a Lei Anticrime, cit.; e COMISSÃO ESPECIAL – GRUPO NACIONAL DE COORDENADORES DE CENTRO DE APOIO CRIMINAL (GNCCRIM). Enunciados interpretativos da Lei n. 13.964/2019 – Lei Anticrime, cit., Enunciado 11.

da pelo juiz. Logo, com o desaparecimento desta função, houve a revogação do art. 384, § 1º, ante a sua incompatibilidade com a nova disciplina do arquivamento, também por força do art. 2º, § 1º, da LINDB.

Outrossim, deixar de alterar a imputação inicial para nela incluir elemento ou circunstância cuja descoberta haja ocorrido durante a instrução processual não equivale exatamente a deixar de acusar *tout court*. Há em uma e outra situações graus distintos de disposição do exercício da ação penal condenatória, o que justifica a diferença de tratamento entre elas e a concessão de maior espaço de liberdade ao agente ministerial atuante em primeiro grau para formar o seu convencimento e proceder ou não à *mutatio libelli*.

A segunda interpretação é no sentido de que o art. 384, § 1º, do CPP continua vigente e que o seu reenvio ao art. 28 agora deva levar em conta a nova disciplina do arquivamento, processando-se apenas internamente no âmbito do *Parquet*, com a submissão da decisão do agente ministerial de primeiro grau de não aditar a acusação original ao órgão superior da Instituição.

Impende alertar a quem prefira dita interpretação, todavia, que essa aplicação da nova disciplina do arquivamento à revisão da falta de *mutatio libelli* se apresentará problemática, em vista das diligências e do tempo que aquela exige. Com efeito, considerando que a oportunidade para a *mutatio libelli* comumente surge ao final da fase instrutória – na maioria das vezes, inclusive, no curso da audiência de instrução e julgamento – e que a suspensão do trâmite procedimental no processo penal condenatório é excepcional e dependente de hipóteses legalmente previstas – como se infere dos artigos do CPP que a contemplam expressamente: 92, *caput*; 93, *caput* e §§ 1º, 2º e 3º; 94; 111 (*contrario sensu*); 116, §§ 2º e 3º; 149, § 2º; 152, *caput*; 366; 411, § 8º; 427, § 2º; 461, § 1º; 497, inc. VII; 536; 570, parte final; 581, inc. XVI; e 584, § 2º –, dentre as quais não se inclui a ora comentada, observa-se que o eventual reexame da falta de aditamento pelo órgão superior do Ministério Público não raro chegará tarde – depois da sentença – e será, por isso, inócuo.

De todo modo, não sendo aditada a acusação, o juiz deverá julgar conforme as balizas fixadas na imputação trazida na denúncia, condenando ou absolvendo o réu nos exatos limites dela.

Prosseguindo na exposição das linhas gerais da nova disciplina do arquivamento, e caminhando ao encerramento desta seção, cumpre destacar que os recém-incorporados §§ 1º e 2º do art. 28 do CPP preveem a possibilidade de uma espécie de impugnação administrativa manejável no prazo de trinta dias pelo ofendido ou seu representante legal (§ 1º) ou pela chefia do órgão de representação judicial da União, de Estado, de Município ou do Distrito Federal, no caso de infração penal praticada contra algum desses entes políticos (§ 2º), na hipótese de inconformismo deles quanto à decisão ministerial. Três observações nos parecem pertinentes.

A primeira é que o texto legal usa expressões pouco precisas para aludir a tal impugnação – especificamente, "submeter a matéria à revisão da instância competente do órgão ministerial" (§ 1º) e "a revisão do arquivamento do inquérito policial poderá ser provocada" (§ 2º) –, não sendo claro sobre a sua natureza recursal. Diante disso, e dado que o arquivamento estará sempre sujeito ao reexame necessário, ex vi do caput do art. 28 do CPP, entendemos que a manifestação de oposição caracteriza somente um arrazoado a ser considerado pelo órgão revisor na apreciação da decisão de arquivamento, similar ao previsto no art. 9º, § 2º, da Lei 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública) com relação ao arquivamento do inquérito civil ou de peças informativas extrapenais concernentes a interesses supraindividuais, mas não um verdadeiro recurso administrativo.

A segunda é que, havendo pluralidade de sujeitos passivos do fato criminoso – inclusive quando se trate de delito *pluriofensivo* e de dupla (ou *plúrima*) *subjetividade passiva* –, a legitimidade deles para a impugnação administrativa há que ser vista como *concorrente* e *disjuntiva*, isto é, eles poderão manejá-la tanto individual quanto conjuntamente.[9]

A terceira é que se deve reconhecer que no § 2º a lei *dixit minus quam voluit.* Assim, aí podem ser acrescentadas, por interpretação extensiva permitida (art. 3º do CPP), as chefias dos órgãos de representação judicial das entidades da Administração Pública indireta da União, de Estado, de Município ou do Distrito Federal dotadas de personalidade jurídica própria e autonomia administrativa, quais sejam, as autarquias, as fundações, as empresas públicas e as sociedades de economia mista, quando forem vítimas de ilícito penal.

A seguir, passemos à análise das principais consequências sistemáticas da nova disciplina do arquivamento.

2. Arquivamento parcial e arquivamento implícito

O arquivamento dos autos de investigação criminal ou de peças informativas criminais pode ser classificado em *integral* ou *parcial*, conforme abranja todo o seu conteúdo objetivo e subjetivo ou apenas parte dele.

O *arquivamento parcial*, a seu turno, é qualificável como *objetivo*, quando se refira a um ou a alguns fatos investigados, remanescendo outro(s); *subjetivo*, quando se refira a um ou a alguns imputados, remanescendo outro(s); ou misto (*objetivo-subjetivo*), quando se refira a um ou a alguns fatos investigados

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

9 A respeito de tais classificações, v. PRADO, Luiz Regis. Curso de direito penal brasileiro. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. 1 (Parte Geral – arts. 1º a 120). p. 238-239; e GRECO, Rogério. Curso de direito penal. 6. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2009. v. II (Parte Especial – arts. 121 a 154 do CP). p. 123.

e também a um ou a alguns imputados, remanescendo outro(s) fato(s) e outro(s) imputado(s). A parte do conteúdo da investigação criminal ou das peças informativas criminais que não restou arquivada será justamente aquela que embasará a formulação de acusação e o exercício da ação penal condenatória de iniciativa pública.

Em qualquer das hipóteses de arquivamento, integral ou parcial, este precisará ser expressamente decidido, de modo fundamentado, pelo membro do Ministério Público, com sua comunicação à vítima, ao investigado e à autoridade policial e subsequente remessa ao reexame do órgão revisional do *Parquet*, na forma do renovado art. 28, *caput*, do CPP.

Ou seja, a nova redação do dispositivo sepulta de vez a suposta viabilidade jurídica do chamado *arquivamento implícito*, modalidade de arquivamento parcial que ocorreria quando o agente ministerial oferecesse denúncia com relação a um ou a alguns fatos em tese criminosos e/ou a um ou a alguns imputados e silenciasse quanto ao(s) outro(s) fato(s) investigado(s) e/ou o(s) outro(s) imputado(s).

Com efeito, o arquivamento, na esteira do que aduzimos anteriormente, consiste agora em um *ato administrativo decisório composto*. Como tal, a ele se aplica toda a teoria acerca da existência e da validade dos atos administrativos em geral.[10]

Nesse sentido, frise-se que o dever de motivação dos atos estatais é um importantíssimo mecanismo de controle do exercício do poder pelas autoridades públicas e de fiscalização da sua correção pelos membros da comunidade política, tratando-se de corolário dos princípios constitucionais republicano, democrático, da soberania popular e da cidadania (art. 1º, *caput*, inc. II e par. ún., da Constituição Federal de 1988).[11]

Especificamente no que tange ao ato administrativo, a sua motivação adequada traduz ademais manifestação dos princípios constitucionais regentes da Administração Pública estampados no art. 37, *caput*, da CF/1988 (na redação conferida pela EC 19/1998), quais sejam, a legalidade, a impessoalidade, a moralidade, a publicidade e a eficiência, e, sob o ângulo dos administrados, consubstancia um direito fundamental, de dimensão individual ou transindividual, conforme a natureza do bem jurídico e o espectro de abrangência dos afetados pelos efeitos do ato.[12]

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

10 Cf. JARDIM, Afrânio Silva. Arquivamento e desarquivamento do inquérito policial, cit., p. 273.

11 LIMA, Thadeu Augimeri de Goes. O art. 489, § 1º, do Código de Processo Civil como parâmetro para a verificação da adequada motivação do ato administrativo. Argumenta, Jacarezinho, v. 32, p. 73-100, jan./jun. 2020. Conclusão.

12 LIMA, Thadeu Augimeri de Goes. O art. 489, § 1º, do Código de Processo Civil

Ora, para que a decisão de arquivamento seja *motivada*, ela precisa ser *explícita*. A rigor, o denominado arquivamento implícito é um *ato inexistente*.

Somente com uma decisão de arquivamento efetivamente proferida e devidamente formalizada é que o órgão revisional do Ministério Público poderá proceder à sua avaliação no reexame necessário – eis aqui o caráter *composto* do ato – e o ofendido ou seu representante legal ou os órgãos de representação judicial da União, de Estado, de Município, do Distrito Federal e dos seus entes da Administração Pública indireta poderão questioná-la e suscitar argumentos contra a sua homologação.

Enfim, só se podem conceber, em atividade tão relevante como a persecução penal, manifestações e pronunciamentos expressos, claros e transparentes, tanto do Poder Judiciário quanto do Ministério Público.[13] E o arquivamento implícito há que ser visto como ele realmente é: uma omissão injustificada, uma má prática funcional (cf. o art. 43, inc. III, da Lei 8.625/1993 e o art. 236, inc. IX, da LC 75/1993) e um *nada jurídico* para todos os efeitos.

Logo, caso o agente ministerial promova a ação penal relativamente a parte do conteúdo dos autos de investigação criminal ou de peças informativas criminais e deixe de decidir explicitamente sobre o arquivamento da parte remanescente, e por inteligência do art. 28, §§ 1º e 2º, do CPP, o ofendido ou seu representante legal ou os órgãos de representação judicial da União, de Estado, de Município, do Distrito Federal e dos seus entes da Administração Pública indireta, a qualquer tempo que perceberem a omissão, poderão instar o membro do *Parquet* a se manifestar e, em seguida, sendo proferida a decisão de arquivamento, submeter sua insurgência ao órgão revisional.

Se, mesmo instado, o agente ministerial persistir na omissão, parece-nos ser lícito ao ofendido ou seu representante legal ou aos órgãos de representação judicial da União, de Estado, de Município, do Distrito Federal e dos seus entes da Administração Pública indireta, ainda por inteligência do art. 28, §§ 1º e 2º, do CPP, provocar o órgão revisional para que adote providências, podendo este então, com fundamento no art. 43, incs. III e XIV, da Lei 8.625/1993 ou no art. 236, incs. IV e IX, da LC 75/1993, determinar que o agente ministerial profira a decisão e a remeta a reexame. A título de sugestão, tal solução poderia inclusive vir a ser prevista em Resolução do Conselho Nacional do Ministério Público, editada com fulcro no art. 130-A, § 2º, inc. I, da CF/1988 e com vistas a regulamentar a matéria, ou nas disposições normativas internas de organização de cada Ministério Público.

---

como parâmetro para a verificação da adequada motivação do ato administrativo, cit., Conclusão.

13 Cf. FERNANDES, Antonio Scarance. Processo penal constitucional. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 250.

Por fim, ante o malsinado arquivamento implícito, e se já houver decorrido o prazo do membro do *Parquet* para formar a *opinio delicti*, também se abre à vítima o direito de ajuizar ação penal de iniciativa privada subsidiária da pública, conforme o art. 5º, inc. LIX, da CF/1988, c/c o art. 29, *initio*, do CPP.[14]

3. Arquivamento indireto

O chamado *arquivamento indireto* foi referido pela primeira vez em julgamento de conflito de atribuições proferido pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no ano de 1982 (CAtr 12-1/BA, Rel. Min. Rafael Mayer, j. 01.04.1982). No caso em tela, um procurador da República entendeu que o juízo federal perante o qual atuava era incompetente para o processo e julgamento do caso penal objeto de um inquérito policial e postulou a remessa deste à Justiça Estadual, tendo o juiz federal discordado. Instado o STF a decidir, entendeu que, quando o agente ministerial requeria o envio dos autos a outro juízo, sob alegada incompetência, e o juiz discordava, tinha-se a figura do arquivamento indireto, devendo o magistrado aplicar analogicamente o art. 28 do CPP e provocar a manifestação do Procurador-Geral a respeito do tema.[15]

Com a reforma do art. 28 pela "Lei Anticrime" e a consequente modificação da disciplina do arquivamento dos autos de investigação criminal ou de

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

14 Veja-se que, quanto às infrações penais sujeitas à ação penal de iniciativa pública, o art. 129, inc. I, da CF/1988 é claro ao atribuir privativamente ao Ministério Público a titularidade da sua promoção, excluindo assim qualquer outro ente ou órgão público. A isolada exceção a esse monopólio está no acima referido art. 5º, inc. LIX, que conferiu estatura constitucional à ação penal privada subsidiária da pública. Da interpretação sistemática de tais dispositivos se conclui que a legitimação para o ajuizamento de ação penal subsidiária há obrigatoriamente que ser concedida a entes privados, e nunca a entes e órgãos públicos, pois a única instituição pública que pode exercer o jus accusationis nas infrações penais sujeitas a ação penal de iniciativa pública é o Ministério Público. Do contrário, ter-se-ia uma ação penal pública subsidiária da pública. Assim, somente devem ser admitidos à ação penal privada subsidiária os entes da Administração Pública indireta que sejam dotados de personalidade jurídica de direito privado – fundações e empresas estatais –, excluindo-se os demais entes e órgãos da Administração direta ou indireta. Cf. LIMA, Thadeu Augimeri de Goes. Persecução penal e interesses supraindividuais: diálogos com o processo coletivo. Belo Horizonte; São Paulo: D'Plácido, 2020. p. 273-274.

15 V. DEZEM, Guilherme Madeira. Curso de processo penal. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 264-265. Vale destacar que, à época desse julgamento, a Corte se reconhecia competente para apreciar conflitos de atribuições entre membros de ramos diversos do Ministério Público nacional. Todavia, anos depois, veio a modificar sua jurisprudência e passou a entender que caberia ao Procurador-Geral da República dirimi-los, cf. ACO 1.567 QO/SP, Pleno, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 17.08.2016. Mais recentemente, o STF alterou de novo seu posicionamento e decidiu que compete ao Conselho Nacional do Ministério Público solucionar aqueles conflitos de atribuições, cf. Pet 4.891, Pet 5.091 e Pet 5.756, Plenário Virtual, Rel. original Min. Marco Aurélio, Rel. para o acórdão Min. Alexandre de Moraes, j. 15.06.2020.

peças informativas criminais, o arquivamento indireto, se não restou proscrito do ordenamento jurídico pátrio, ao menos deverá receber transformação equivalente àquela.

De fato, infere-se da expressa encampação da estrutura acusatória como "espinha dorsal" do processo penal condenatório e da explícita vedação da iniciativa do juiz na fase investigatória (art. 3º-A do CPP), bem como da introdução da figura do juiz das garantias (arts. 3º-B a 3º-F do CPP), que a intervenção jurisdicional na primeira etapa da persecução penal haverá que ser episódica, pontual e restrita ao controle da legalidade dela e à salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário.[16]

A emissão pelo magistrado de juízo de valor sobre o fato imputado antes da propositura da ação penal, ainda que provisório, para o escopo de afirmar ou negar a sua competência, portanto, não se coaduna com a nova sistemática que se busca imprimir. Essa apreciação da própria competência pelo juiz (*Kompetez-Kompetez*) deve se resguardar para o processo penal que venha a ser instaurado, ou seja, há que se reservar a momento posterior ao oferecimento da denúncia.

Assim, antes de ajuizada a acusação, caberá exclusivamente ao Ministério Público resolver sobre a atribuição para fazê-lo, sem qualquer interferência do juiz. E, consequentemente, todo conflito de atribuições entre agentes ministeriais deverá ser solucionado como tal, sem se convolar em conflito de competência.

Tratando-se de inquérito policial, termo circunstanciado ou outro expediente que haja sido distribuído e tramite vinculado a alguma vara criminal, cumprirá ao magistrado apenas determinar as providências cartoriais – a baixa do registro e da distribuição e a redistribuição – necessárias para regularizar a remessa dos autos a outro órgão judicial, sem tecer qualquer juízo de valor acerca da manifestação ministerial.

Em outras palavras, não poderá o juiz, nesse momento pré-processual, discordar do pronunciamento e insistir na sua competência para processar e julgar o caso, o que acabará com o arquivamento indireto, ao menos em sua formulação tradicional.

Ora, se o arquivamento indireto teve sua origem a partir da aplicação analógica do procedimento estabelecido para o caso de discordância do juiz quanto à promoção de arquivamento, invocando-se a similitude das situações,

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

16 Os novos arts. 3º-A a 3º-F do CPP, introduzidos pela "Lei Anticrime", também estão com suas eficácia e aplicabilidade suspensas sine die por força da medida cautelar concedida pelo Ministro Luiz Fux em decisão monocrática proferida em 22.01.2020, abrangendo as ADIs 6.298/DF, 6.299/DF e 6.300/DF, todas ajuizadas perante o STF.

ele agora, para prosseguir sendo admitido, deverá se adaptar à nova disciplina preconizada pelo art. 28 do CPP.

Realmente, nada impede que o Conselho Nacional do Ministério Público, atuando com fulcro no art. 130-A, § 2º, inc. I, da CF/1988, mediante Resolução e com vistas a regulamentar a matéria, estabeleça que o arquivamento indireto continue admissível, porém em conformidade com a nova redação do art. 28 do CPP e como modo de controle hierárquico *interna corporis* da declinação de atribuição, notadamente quando ela puder resultar na transferência dos autos de investigação criminal ou de peças informativas criminais entre ramos do Ministério Público com chefias diversas (v.g., de Ministério Público Estadual para o Ministério Público Federal ou vice-versa) – até porque, conforme a nova orientação jurisprudencial do STF (Pet 4.891, Pet 5.091 e Pet 5.756, Plenário Virtual, Rel. original Min. Marco Aurélio, Rel. para o acórdão Min. Alexandre de Moraes, j. 15.06.2020), o órgão será competente para decidir sobre os conflitos de atribuição eventualmente ocorrentes em tais hipóteses.

Nessa ótica, a título exemplificativo, se um promotor de justiça pretendesse declinar da atribuição por entender que o ajuizamento da ação penal no caso sob exame caberia ao MPF, poder-se-ia tratar a situação como arquivamento indireto, exigindo-lhe que se manifestasse fundamentadamente nos autos da investigação criminal ou das peças informativas criminais, procedesse às comunicações aos interessados e encaminhasse o compêndio ao órgão revisional (PGJ ou outro a quem seja delegada a função) para apreciação, nos moldes do art. 28, *caput*, do CPP. Ao órgão revisional caberia então homologar ou não o arquivamento indireto. Homologando-o, determinaria a remessa dos autos ao MPF. Recusando-o, designaria outro promotor de justiça para oferecer a denúncia, em respeito à independência funcional do declinante.

Outra situação – descurada pela doutrina e pela jurisprudência – que percebemos que também deveria ser identificada e tratada como uma espécie de arquivamento indireto – em sua nova roupagem e até mesmo no ensejo da Resolução sugerida acima – é a de autos de investigação criminal ou de peças informativas criminais que noticiem a prática, em tese, de infração penal sujeita a ação penal de iniciativa pública e nos quais o membro do *Parquet*, ao formar a *opinio delicti*, entenda pelo reenquadramento típico, de modo a se reconhecer um delito de ação penal de iniciativa privada, deixando assim de ajuizar a acusação e requerendo a permanência dos autos em cartório para aguardar o oferecimento de queixa-crime pela vítima ou por seu representante legal, na forma do art. 19 do CPP.

Somente para exemplificar, suponha-se um inquérito policial que relate o cometimento de crime de apropriação indébita simples (art. 168, *caput*, do Código Penal). Ao recebê-lo e analisá-lo, o promotor de justiça verifica que os elementos informativos colhidos esclarecem que o imputado e o ofendido tive-

ram uma desavença negocial mal resolvida e que, por conta disso e visando a se ressarcir do prejuízo experimentado, o primeiro se recusava a devolver um bem móvel pertencente ao segundo que tinha em seu poder, ao menos até que fosse pago. O agente ministerial então conclui que o fato melhor se amolda ao tipo de injusto do exercício arbitrário das próprias razões (art. 345 do CP), cometido sem violência e, portanto, sujeito a ação penal de iniciativa privada (cf. o par. ún. do dispositivo), e lança seu pronunciamento nesse sentido, postulando a permanência dos autos em cartório à espera da apresentação da queixa-crime.

Tal decisão de não acusar fica isenta de reexame e de controle quanto à sua correção e ainda arrisca fulminar definitivamente a persecução penal, visto que, se a queixa-crime não for oferecida no prazo decadencial para tanto (art. 38, *caput*, do CPP), o juiz poderá até declarar extinta a punibilidade do investigado (com base no art. 61, *caput*, do CPP, c/c o art. 107, inc. IV, do CP).[17]

Em suma, diante da sua enorme semelhança com o arquivamento "direto" e da necessidade de prevenir uma eventual e indevida declaração de extinção da punibilidade é que sustentamos que a situação acima descrita haveria que ser identificada e tratada como uma espécie de arquivamento indireto e também se submeter à revisão do órgão superior do Ministério Público, aplicando-se analogicamente o art. 28 do CPP, em sua nova redação.

4. Infrações contra bens jurídico-penais difusos e coletivos e impugnação administrativa do arquivamento

A nova disciplina do arquivamento dos autos de investigação criminal ou de peças informativas criminais tratou expressamente da legitimidade para impugnar administrativamente a decisão do agente ministerial no que tange às infrações penais que atinjam *bens jurídicos individuais* (art. 28, § 1º) e *bens jurídicos supraindividuais institucionais, públicos ou estatais* (art. 28, § 2º), porém olvidou o tratamento de tal legitimidade quanto às infrações penais que atinjam *bens jurídicos supraindividuais difusos e coletivos.* Vale fazer uma breve explicação.

Os *bens jurídico-penais individuais*, como é fácil deduzir da própria expressão designativa, são aqueles que têm caráter estritamente pessoal, individualizado (p. ex., a vida, a integridade corporal, o patrimônio, a honra subjetiva etc), ao passo que os *supraindividuais* ostentam pertinência subjetiva de massa ou universal, estão além do indivíduo, afetando grupos mais ou menos vastos de pessoas ou toda a comunidade, e supõem, desse modo, um raio ou

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

17 Cf. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo penal. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 1. p. 273.

âmbito de proteção que ultrapassa a esfera individual (p. ex., a Administração Pública, o meio ambiente, a saúde pública, a ordem econômica etc).[18]

Os bens jurídico-penais supraindividuais, ao seu turno, podem ser tripartidos em *institucionais, públicos ou estatais,* em *difusos* e em *coletivos.*[19]

Os *bens jurídico-penais institucionais, públicos ou estatais* são aqueles cuja tutela surge intermediada por um ente exponencial público, vale dizer, que são afetos a uma pessoa jurídica de direito público, tais como a paz pública, a fé pública, a Administração Pública, as finanças públicas, a ordem tributária e o sistema previdenciário. Refletem na esfera criminal os *interesses gerais* qualificados e encampados como verdadeiros *interesses públicos primários.*[20]

Nos moldes do que ocorre na área extrapenal, quando a lei cria ou reconhece um centro de referência a um bem jurídico-penal transindividual, ou seja, um ente exponencial ao qual ligá-lo como titular, dito bem jurídico é supraindividual como matriz prática, porém já se apresenta "individualizado" sob o plano jurídico – inclusive para fins processuais penais (v.g., para impugnar a decisão de arquivamento ou para se habilitar como assistente da acusação). Nesses casos, o sujeito passivo da infração penal é desde logo a pessoa jurídica de direito público.[21]

Por sua vez, os b*ens jurídico-penais difusos* têm feição plural e indeterminada e dizem respeito a uma coletividade, derivando a sua presença de circunstâncias fáticas que colhem número imprecisável de pessoas, tais como a incolumidade pública – na qual se incluem a saúde pública e a circulação viária segura, entre outros –, o meio ambiente e vários elementos da ordem econômica – em que se inserem a economia popular, o sistema financeiro, a livre iniciativa e a livre concorrência, o controle do poder econômico em vista de abusos e algumas exigências das relações de consumo.[22]

Diferentemente dos bens jurídico-penais institucionais, públicos ou estatais, os difusos não são intermediados por um ente exponencial. Logo, o sujeito passivo das infrações penais que os atingem é a própria coletividade, o que conduz à definição desses ilícitos como *crimes de sujeito passivo indeter-*

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

18 Cf. PRADO, Luiz Regis. Bem jurídico-penal e Constituição. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 107-108.

19 LIMA, Thadeu Augimeri de Goes. Persecução penal e interesses supraindividuais: diálogos com o processo coletivo, cit., p. 148.

20 LIMA, Thadeu Augimeri de Goes. Persecução penal e interesses supraindividuais: diálogos com o processo coletivo, cit., p. 148.

21 LIMA, Thadeu Augimeri de Goes. Persecução penal e interesses supraindividuais: diálogos com o processo coletivo, cit., p. 148-149.

22 LIMA, Thadeu Augimeri de Goes. Persecução penal e interesses supraindividuais: diálogos com o processo coletivo, cit., p. 149.

minado ou *crimes vagos*.[23]

Finalmente, os *bens jurídico-penais coletivos* pertencem a conjuntos de pessoas que possuem um vínculo jurídico-aglomerativo nítido, decorrente do preenchimento de uma qualidade ou situação jurídica comum – via de regra, por integrarem uma mesma categoria, um mesmo grupo ou uma mesma classe –, podendo por isso existir relações jurídicas entre tais pessoas mesmas, ou entre elas e outra vítima externa, ou ainda entre elas e o próprio agressor do bem jurídico.[24]

Como exemplos de bens jurídico-penais coletivos citamos a liberdade do trabalho em sua faceta coletiva, nos delitos contra a organização do trabalho previstos nos arts. 200 a 202 do CP, e a confiança objetiva dos investidores, em certos crimes contra o sistema financeiro nacional.[25]

Cumpre esclarecer que nada impede que uma conduta tipificada como infração penal simultaneamente lesione ou ameace bens jurídico-penais individuais e supraindividuais, ou até mais de uma categoria de bens supraindividuais. Trata-se do que a doutrina costuma classificar como *delito pluriofensivo* – sob a perspectiva da objetividade jurídica tutelada – e como *delito de dupla* (ou *plúrima*) *subjetividade passiva* – sob a perspectiva dos sujeitos passivos atingidos, titulares dos bens jurídicos.[26]

Trazem-se os exemplos do crime de concussão (art. 316 do CP), que vulnera bem jurídico-penal institucional (a regularidade da atuação dos agentes da Administração Pública) e bem jurídico individual do particular constrangido (a sua liberdade e/ou o seu patrimônio); do crime contra o sistema financeiro previsto no art. 7º da Lei 7.492/1986, que ofende bens jurídico-penais institucionais (a fé pública e o controle administrativo relacionados a títulos e valores mobiliários) e bens jurídico-penais difuso e coletivo (a confiança geral da população no sistema financeiro e no mercado de valores mobiliários e a confiança específica dos seus investidores); e do crime contra a ordem

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

23 LIMA, Thadeu Augimeri de Goes. Persecução penal e interesses supraindividuais: diálogos com o processo coletivo, cit., p. 149. A expressão crimes de sujeito passivo indeterminado (reati a soggetto passivo indeterminato) é preferida pela doutrina italiana, ao passo que a expressão crimes vagos (vage Verbrechen) é mais utilizada pela doutrina alemã, cf. DE VITA, Alberto. I reati a soggetto passivo indeterminato: oggeto dell'offesa e tutela processuale. Napoli: Jovene, 1999. p. 104-105.

24 LIMA, Thadeu Augimeri de Goes. Persecução penal e interesses supraindividuais: diálogos com o processo coletivo, cit., p. 149-150.

25 LIMA, Thadeu Augimeri de Goes. Persecução penal e interesses supraindividuais: diálogos com o processo coletivo, cit., p. 150.

26 LIMA, Thadeu Augimeri de Goes. Persecução penal e interesses supraindividuais: diálogos com o processo coletivo, cit., p. 151. A respeito de tais classificações, de novo, v. PRADO, Luiz Regis. Curso de direito penal brasileiro, v. 1, cit., p. 238-239; e GRECO, Rogério. Curso de direito penal, v. II, cit., p. 123.

econômica tipificado no art. 4º, inc. I, da Lei 8.137/1990, que afeta bem jurídico-penal difuso (a livre concorrência) e bens jurídico-penais individuais (os patrimônios dos empresários concorrentes lesionados).[27]

Pois bem, como dissemos no início desta seção, a nova disciplina do arquivamento cuidou expressamente da legitimidade para impugnar administrativamente a decisão do agente ministerial no que tange às infrações penais que atinjam bens jurídicos individuais (art. 28, § 1º) e bens jurídicos supraindividuais institucionais, públicos ou estatais (art. 28, § 2º), porém olvidou cuidar de tal legitimidade quanto às infrações penais que atinjam bens jurídicos supraindividuais difusos e coletivos.

Tratando-se de delito pluriofensivo que ao mesmo tempo ofenda bem jurídico individual e bem jurídico difuso ou coletivo ou que ao mesmo tempo ofenda bem jurídico institucional, público ou estatal e bem jurídico difuso ou coletivo, a questão se resolve pela aplicação das regras dos §§ 1º e 2º do art. 28, respectivamente, podendo a impugnação ser manejada, no primeiro caso, pelo ofendido ou seu representante legal e, no segundo caso, pelas chefias dos órgãos de representação judicial das entidades da Administração Pública direta e indireta da União, de Estado, de Município ou do Distrito Federal.

Contudo, tratando-se de infração penal que ofenda unicamente bem jurídico difuso ou coletivo, há um vazio legislativo que, a nosso juízo, pode e deve ser preenchido pela aplicação analógica do art. 80 do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990), autorizada pelo art. 3º do CPP.

Com efeito, estabelece o dispositivo que, no processo penal atinente aos crimes previstos na lei consumerista, bem como a outros crimes e contravenções que envolvam relações de consumo, poderão intervir, como assistentes do Ministério Público, os legitimados indicados no art. 82, incs. III e IV, do CDC – as entidades e os órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos pelo Código, e as associações legalmente constituídas desde pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos pelo diploma, dispensada a autorização assemblear –, aos quais também é facultado propor ação penal subsidiária, se a denúncia não for oferecida no prazo legal.

O art. 80 do CDC, portanto, instituiu definitivamente em nosso país o que se pode chamar de *acusação coletiva*, em um paralelo com a *ação coletiva,* e que pode ser classificada em *acusação coletiva coadjuvante*, que se verifica na constituição da *assistência coletiva*, e *acusação coletiva subsidiária,* que se

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

27 LIMA, Thadeu Augimeri de Goes. Persecução penal e interesses supraindividuais: diálogos com o processo coletivo, cit., p. 152.

verifica no exercício da *ação penal coletiva subsidiária.*[28]

Assim, se aqueles entes e órgãos arrolados no art. 82, incs. III e IV, do CDC têm reconhecida a legitimidade para se habilitarem como assistentes da acusação e para ajuizarem ação penal subsidiária, por identidade de razão devem ter reconhecida a legitimidade para impugnarem administrativamente a decisão de arquivamento no que se refere a ilícitos penais contra bens jurídicos difusos e coletivos. *Ubi eadem ratio ibi eadem jus.*

E a legitimidade em tela não há que se restringir aos crimes previstos na lei consumerista e a outros delitos e contravenções envolvendo relações de consumo, visto que o próprio art. 80 do CDC comporta aplicação analógica para ser estendido a quaisquer infrações penais que atinjam bens jurídicos difusos e coletivos.[29]

A solução proposta, desse modo, é capaz de colmatar a lacuna normativa de que padece a nova redação do art. 28 do CPP.

5. A coisa julgada no arquivamento e a súmula 524 do STF

Frisamos na primeira seção deste trabalho que o arquivamento dos autos de investigação criminal ou de peças informativas criminais, sob a égide do texto original do art. 28 do CPP, consistia em um ato administrativo decisório complexo e eventualmente composto que envolvia o Ministério Público e o Poder Judiciário, este em exercício de função atípica ou anômala de fiscal da obrigatoriedade do exercício da ação penal de iniciativa pública, e que a prevalência da opinio da chefia do Parquet sobre o entendimento do juiz e a imposição de que este a atendesse fortalecia o argumento de que não se tratava de ato jurisdicional.

Daí reputamos o erro de expressiva parcela da doutrina e da jurisprudência em sustentar que a decisão judicial-administrativa – e não jurisdicional – que acolhia a promoção de arquivamento fazia coisa julgada e até, em hipóteses específicas – notadamente as de arquivamentos fundados no reconhecimento da atipicidade do fato ou da extinção da punibilidade –, coisa julgada material, precluindo absolutamente a possibilidade de retomada da persecução penal.[30]

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

28 LIMA, Thadeu Augimeri de Goes. Persecução penal e interesses supraindividuais: diálogos com o processo coletivo, cit., p. 263.

29 LIMA, Thadeu Augimeri de Goes. Persecução penal e interesses supraindividuais: diálogos com o processo coletivo, cit., p. 277-279.

30 Na doutrina, por todos, cf. LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal: volume único. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 161-163; e BADARÓ, Gustavo

Ante a nova redação do art. 28 do CPP, tal equivocada exegese certamente não mais terá lugar, pois ficou claro que o arquivamento se tornou um *ato administrativo decisório composto* processado apenas internamente no âmbito do Ministério Público, aperfeiçoando-se com a submissão da decisão do agente ministerial atuante em primeiro grau ao orgão revisor de sua Instituição, ao qual aquele deve, de ofício, remeter os autos. Enfim, não cabe mais aludir a coisa julgada – em seu significado tradicional para o Direito Processual, como atributo de determinados pronunciamentos jurisdicionais finais irrecorríveis – no arquivamento.[31]

Nesse contexto, surge a indagação de como fica a Súmula 524 do STF[32] face à nova disciplina do arquivamento.

Primeiramente, cumpre relembrar que o enunciado sumular não se confunde com o teor do art. 18 do CPP. Com efeito, enquanto o dispositivo legal preceitua que, depois de arquivado o inquérito policial por falta de base para a denúncia, a autoridade policial poderá proceder a novas pesquisas, se tiver notícia de outras provas, o verbete jurisprudencial preconiza que, depois de arquivado o caderno investigatório, a ação penal somente poderá ser proposta se houver novas provas. Isto é, para o *desarquivamento* do inquérito policial basta a *notícia de outras provas*, inexistentes, desconhecidas ou não alcançadas na época em que se desenvolveu a investigação finda, ao passo que para

Henrique. Processo penal. 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil; Revista dos Tribunais, 2020. p. 163. Na jurisprudência, entre muitíssimos julgados, v. os seguintes do STF: MS 34.730, 1ª T., Rel. Min. Luiz Fux, j. 10.12.2019; HC 83.346, 1ª T., Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 17.05.2005; HC 85.156, 2ª T., Rel. Min. Celso de Mello, j. 26.10.2004; e HC 80.560, 1ª T., Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 20.02.2001. Calha destacar que, no correto sentido de que a decisão judicial na disciplina original do arquivamento não tinha natureza jurisdicional e sim administrativa, José Frederico Marques e Afrânio Silva Jardim propugnavam soluções coerentes com esse posicionamento, embora absolutamente diferentes entre si, com relação ao reconhecimento da extinção da punibilidade ao fim da primeira fase da persecução penal. José Frederico Marques asseverava que o agente ministerial, verificando inequivocamente a cessação do jus puniendi, deveria pedir ao juiz que a declarasse, e não promover o arquivamento dos autos da investigação criminal ou das peças informativas criminais. Ou seja, deveria o membro do Parquet postular tutela jurisdicional cognitiva declaratória, que seria prestada mediante decisão judicial e jurisdicional, apta a transitar formal e materialmente em julgado. Cf. MARQUES, José Frederico. Elementos de direito processual penal, cit., v. II, p. 170. Ao seu turno, Afrânio Silva Jardim sustentava que, em tal caso, deveria sim ser promovido o arquivamento, porém a decisão – de cunho administrativo – do juiz tomaria a extinção da punibilidade somente como razão de decidir, e não como objeto do decisum. Cf. JARDIM, Afrânio Silva. Arquivamento e desarquivamento do inquérito policial, cit., p. 276.

31 Cf. COMISSÃO ESPECIAL – GRUPO NACIONAL DE COORDENADORES DE CENTRO DE APOIO CRIMINAL (GNCCRIM). Enunciados interpretativos da Lei n. 13.964/2019 – Lei Anticrime, cit., Enunciado 9.

32 Súmula 524 do STF: "Arquivado o inquérito policial, por despacho do juiz, a requerimento do promotor de justiça, não pode a ação penal ser iniciada, sem novas provas."

o ajuizamento da acusação é necessário que *efetivamente sejam angariadas novas provas*, assim entendidas aquelas não incorporadas originalmente no compêndio inquisitório e aptas a proporcionar uma mudança da prévia *opinio delicti,* de negativa em positiva.[33]

Ainda que descaiba falar em coisa julgada no arquivamento, podemos responder que, além da exclusão, doravante, do trecho relativo ao “despacho do juiz”, a Súmula 524 do STF não sofre qualquer outro impacto modificativo.

Isso porque, no plano mais geral da *mecânica do poder*, é certo que se lhe mostra essencial que todos os atos estatais decisórios estejam sujeitos à *imunização*, de modo a adquirir algum grau de *estabilidade* em prol da *segurança jurídica*, que é justamente o que o enunciado sumular busca preservar.[34]

Ademais, sob a perspectiva estrita técnico-processual, é de se notar que, uma vez arquivados os autos de investigação criminal ou de peças informativas criminais por ausência de base suficiente para o oferecimento de denúncia, se não houver prova nova faltará a justa causa para o exercício da ação penal, devendo a peça acusatória ser rejeitada nos termos do art. 395, inc. III, do CPP. Eis a *ratio juris* fundamental do verbete.[35]

Logo, a Súmula 524 do STF – tirante o trecho relativo ao “despacho do juiz”, como dito – encontra perfeita compatibilidade com a nova disciplina do arquivamento.

Conclusões

Apresentamos a seguir, na forma de enunciados sintéticos, as principais conclusões extraídas dos raciocínios que desenvolvemos ao longo do texto:

1) Com a reforma do art. 28 do CPP, operada pela “Lei Anticrime” (Lei 13.964/2019), o arquivamento dos autos de investigação criminal ou de peças informativas criminais passou de ato administrativo decisório complexo e eventualmente composto que envolvia o Ministério Público e o Poder Judiciário, este em exercício de função atípica ou anômala de fiscal da obrigatoriedade da ação penal de iniciativa pública, a ato administrativo decisório composto processado apenas internamente no âmbito do *Parquet*.

2) A modificação do art. 28 do CPP ensejou a revogação tácita do art. 7º,

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

33 V. JARDIM, Afrânio Silva. Arquivamento e desarquivamento do inquérito policial, cit., p. 277-278, 280-282; e STF, HC 94.869, Pleno, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 26.06.2013.

34 Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo, cit., p. 110, 112.

35 V., novamente, JARDIM, Afrânio Silva. Arquivamento e desarquivamento do inquérito policial, cit., p. 281; e STF, HC 94.869, Pleno, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 26.06.2013.

in fine, da Lei 1.521/1951 (que define os crimes contra a economia popular), do art. 54, inc. I, da Lei 11.343/2006 (Lei Antidrogas) e, de acordo com o nosso entendimento, também do art. 384, § 1º, do próprio CPP, que versava sobre o aditamento provocado em tema de *mutatio libelli.*

3) A impugnação administrativa prevista nos recém-incorporados §§ 1º e 2º do art. 28 do CPP não tem natureza de verdadeiro recurso administrativo, mas de mera manifestação de oposição arrazoada, manejável pelo ofendido ou seu representante legal (§ 1º), pela chefia do órgão de representação judicial da União, de Estado, de Município ou do Distrito Federal, no caso de infração penal praticada contra algum desses entes políticos (§ 2º), ou ainda pelas chefias dos órgãos de representação judicial das suas entidades da Administração Pública indireta dotadas de personalidade jurídica própria e autonomia administrativa (autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista), quando forem vítimas de ilícito penal, por interpretação extensiva permitida (art. 3º do CPP).

4) Em qualquer hipótese de arquivamento de autos de investigação criminal ou de peças informativas criminais, seja integral, seja parcial, ele precisará ser expressamente decidido, de modo fundamentado, pelo agente ministerial, com sua comunicação à vítima, ao investigado e à autoridade policial e subsequente remessa ao reexame do órgão revisional do *Parquet*, na forma do renovado art. 28, *caput*, do CPP, o que sepulta de vez a suposta viabilidade jurídica do chamado arquivamento implícito.

5) Após a alteração do art. 28 do CPP, o arquivamento indireto, se não restou proscrito do ordenamento jurídico pátrio, ao menos deverá receber transformação equivalente à da nova disciplina do arquivamento “direto”.

6) Outra situação que percebemos que também deveria ser identificada e tratada como uma espécie de arquivamento indireto, em sua nova roupagem, é a de autos de investigação criminal ou de peças informativas criminais que noticiem a prática, em tese, de infração sujeita a ação penal de iniciativa pública e nos quais o membro do Ministério Público, ao formar a *opinio delicti,* entenda pelo reenquadramento típico, de modo a se reconhecer um delito de ação penal de iniciativa privada, deixando assim de ajuizar a acusação e requerendo a permanência dos autos em cartório para aguardar o oferecimento de queixa-crime pela vítima ou por seu representante legal, na forma do art. 19 do CPP.

7) A nova disciplina do arquivamento cuidou expressamente da legitimidade para impugnar administrativamente a decisão do agente ministerial no que tange às infrações penais que atinjam bens jurídicos individuais (art. 28, § 1º) e bens jurídicos supraindividuais institucionais, públicos ou estatais (art. 28, § 2º), porém olvidou cuidar de tal legitimidade quanto às infrações penais que atinjam bens jurídicos supraindividuais difusos e coletivos. Este

vazio legislativo, a nosso juízo, pode e deve ser preenchido pela aplicação analógica do art. 80 do CDC, autorizada pelo art. 3º do CPP. Outrossim, a legitimidade em tela não há que se restringir aos crimes previstos na lei consumerista e a outros delitos e contravenções envolvendo relações de consumo, visto que o próprio art. 80 do CDC comporta aplicação analógica para ser estendido a quaisquer infrações penais que atinjam bens jurídicos difusos e coletivos.

8) Ante a nova redação do art. 28 do CPP, não cabe mais aludir a coisa julgada no arquivamento. Há que se observar, porém, que a nova disciplina do arquivamento não impacta o teor da Súmula 524 do STF para além da exclusão, doravante, do trecho relativo ao "despacho do juiz", pois subsistem os fundamentos político e técnico-processual do verbete.

9) É conveniente que o Conselho Nacional do Ministério Público, atuando com fulcro no art. 130-A, § 2º, inc. I, da CF/1988, edite Resolução no escopo de regulamentar e esclarecer os tópicos problemáticos e duvidosos suscitados pela nova disciplina do arquivamento, especialmente os que procuramos apontar neste trabalho.

Referências

BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo penal. 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil; Revista dos Tribunais, 2020.

BARROS, Francisco Dirceu; ARAS, Vladimir. O arquivamento do inquérito policial pelo Ministério Público após a Lei Anticrime. Gen Jurídico, São Paulo, Artigos, Atualidades, Processo Penal, 9 jan. 2020. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2020/01/09/inquerito-policial-lei-anticrime/>. Acesso em: 28 jul. 2020.

COMISSÃO ESPECIAL – GRUPO NACIONAL DE COORDENADORES DE CENTRO DE APOIO CRIMINAL (GNCCRIM). Enunciados interpretativos da Lei n. 13.964/2019 – Lei Anticrime. Brasília, 2020. Enunciado 7. Disponível em: <http://criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/GNCCRIM_-_ANALISE_LEI_ANTICRIME_JANEIRO_2020.pdf>. Acesso em: 28 jul. 2020.

DE VITA, Alberto. I reati a soggetto passivo indeterminato: oggeto dell'offesa e tutela processuale. Napoli: Jovene, 1999.

DEZEM, Guilherme Madeira. Curso de processo penal. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. 12. ed. São

Paulo: Malheiros, 2005.

FERNANDES, Antonio Scarance. Processo penal constitucional. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GRECO, Rogério. Curso de direito penal. 6. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2009. v. II (Parte Especial – arts. 121 a 154 do CP).

JARDIM, Afrânio Silva. Arquivamento e desarquivamento do inquérito policial. In: JARDIM, Afrânio Silva; AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de. Direito processual penal: estudos e pareceres. 14. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016. p. 271-287.

LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal: volume único. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

LIMA, Thadeu Augimeri de Goes. O art. 489, § 1º, do Código de Processo Civil como parâmetro para a verificação da adequada motivação do ato administrativo. Argumenta, Jacarezinho, v. 32, p. 73-100, jan./jun. 2020.

______. Persecução penal e interesses supraindividuais: diálogos com o processo coletivo. Belo Horizonte; São Paulo: D'Plácido, 2020.

MARQUES, José Frederico. Elementos de direito processual penal. Rio de Janeiro: Forense, 1961. v. II.

NICOLITT, André. Manual de processo penal. 10. ed. Belo Horizonte; São Paulo: D'Plácido, 2020.

PRADO, Luiz Regis. Bem jurídico-penal e Constituição. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

______. Curso de direito penal brasileiro. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. 1 (Parte Geral – arts. 1º a 120).

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo penal. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 1.

Londrina, 19 de agosto de 2020.

O CONFISCO ALARGADO, SUA NATUREZA JURÍDICA E SUA APLICAÇÃO IMEDIATA

Vladimir Aras[1]

SUMÁRIO

RESUMO

Neste artigo o autor examina o confisco alargado, uma das mais importantes inovações do Pacote Anticrime, que tem grande importância na persecução patrimonial relativa a crimes graves e a delitos cometidos por organizações criminosas, especialmente aqueles que geram ativos. O texto aborda o conceito desta nova forma de perdimento, analisa sua natureza jurídica, considera sua gênese no direito comparado e verifica a questão de direito intertemporal relativa à possibilidade de sua aplicação imediata. Ao fim, traz conclusões sobre os aspectos abordados, ressaltando a relevância do novo instituto para o enfrentamento da criminalidade econômica e da delinquência organizada.

PALAVRAS-CHAVE: Confisco; Persecução patrimonial; Conceito; Natureza jurídica; Aplicabilidade.

1. Introdução

Sancionada em 24 de dezembro de 2019, a Lei Anticrime pode ser estudada sob vários enfoques. Podemos tomar em conta seus vetores penais,

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

1 Membro do Ministério Público brasileiro desde 1993, mestre (UFPE) e doutorando (UNICEUB) em Direito, especialista MBA em gestão pública (FGV), professor assistente de processo penal da UFBA e de cursos de pós-graduação no IDP, na UNB/FACE, na EPD e noutras instituições de ensino superior. Autor e palestrante. Edita o site jurídico www.vladimiraras.blog

processuais penais e não penais; podemos considerar suas repercussões no processo penal tradicional ou no campo da justiça consensual; podemos ainda pôr em relevo um recorte temático, a partir dos seus impactos em matéria probatória, na questão das garantias ou nas iniciativas voltadas ao fortalecimento das políticas anticorrupção.

Pretendo examinar o confisco alargado como um dos mecanismos de aperfeiçoamento da luta contra o crime organizado, o tráfico humano, o tráfico de armas, a corrupção, o financiamento do terrorismo e a lavagem de dinheiro, tendo como limites a Constituição e os tratados de direitos humanos. O desiderato de desestímulo econômico pode ser alcançado pela via do esgotamento dos meios materiais ilicitamente acumulados pelos autores desses e de outros delitos "proveitosos", isto é, as infrações penais que geram bens, direitos e valores, especialmente aquelas figuras delitivas de alta lucratividade e grande capacidade de lesão aos bens jurídicos mais relevantes das sociedades democráticas.

Diz o novo art. 91-A do Código Penal que, na hipótese de condenação por infrações às quais a lei comine pena máxima superior a 6 (seis) anos de reclusão, o juiz criminal pode decretar a perda, como produto ou proveito do crime, "dos bens correspondentes à diferença entre o valor do patrimônio do condenado e aquele que seja compatível com o seu rendimento lícito". Vejamos o conceito de perdimento alargado, sua natureza jurídica, seu tratamento no direito comparado e examinemos a possibilidade de sua aplicação imediata.

2. O confisco alargado

A expansão da criminalidade econômica, da criminalidade organizada e da lavagem de dinheiro tornou insuficientes os mecanismos tradicionais de confisco patrimonial para arrostar tais crimes. Em linha com a percepção de que convém aos Estados promover a *sufocação econômica* de organizações criminosas e de autores de graves crimes econômico-financeiros, passou-se a prever a possibilidade de estender o confisco para alcançar patrimônio de natureza lícita ou ativos cuja origem legítima mostrar-se incerta ou ainda bens incompatíveis com os ingressos comprovados do agente.

As razões para a adoção da perda alargada[2] no marco normativo da União Europeia ligam-se, de fato, à expansão do crime organizado:

> Para combater eficazmente a atividade criminosa organizada, pode haver situações em que seja conveniente que a uma condenação penal se

2 Vide, por exemplo, o art. 73a do Código Penal alemão.

> siga a perda não apenas dos bens associados ao crime em questão, mas também de bens que o tribunal apure serem produto de outros crimes. Esta abordagem corresponde à noção de “perda alargada”.[3]

Nascido no continente europeu, o confisco alargado ou ampliado ou proporcional é conhecido em vários países do Velho Continente, com diversas denominações nas línguas locais: *extended confiscation, decomiso ampliado, confiscation élargie, confisca alargata, confiscarea extinsă, Utvidgat förverkande, Erweiterte Einziehung etc.*

Esta modalidade de perdimento logo se espalhou por países da América Latina, até chegar ao Brasil por meio da Lei 13.886/2019, nos crimes de tráfico de drogas, e da Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime), para a criminalidade organizada e econômico-financeira em geral, assim como para todos os delitos que produzem ativos ilícitos.

O foco dessa medida está nos crimes que geram resultado economicamente aferível, tendo por fim a constrição patrimonial dos ativos vinculados a um contexto criminoso lucrativo, num determinado marco temporal, ativos estes cuja origem lícita não possa ser comprovada pelo autor de um crime grave. Vieira aponta que a análise econômica do Direito sustenta a adoção de medidas constritivas desta ordem, como mais um elemento de dissuasão da prática de crimes graves. Segundo ele, intuitivamente, a medida de confisco será vista como mais um custo para o ingresso na carreira criminosa ou para a permanência nela, o que reduz sua lucratividade e aumenta para o réu o risco de prisão.[4]

Pode-se conceituar o confisco alargado como uma medida estatal que transfere ao Estado o domínio “sobre uma parte ou a totalidade do património do condenado pela prática de um crime do catálogo que se mostre incongruente com os seus rendimentos lícitos, fazendo cessar os direitos reais e obrigacionais que sobre eles incidissem.”[5] A extinção de domínio vinculada a uma prévia condenação criminal faz surgir uma presunção *juris tantum* de que

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

3 UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 2014/42/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 3 abril de 2014. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32014L0042. Acesso em: 10.fev.2020.

4 VIEIRA, Roberto d’Oliveira. Confisco alargado de bens: análise do direito comparado. Salvador: Editora JusPodivm, 2019.

5 NUNES, Duarte Alberto Rodrigues. Admissibilidade da inversão do ônus da prova no confisco alargado de vantagens provenientes da prática de crimes. Revista Julgar, fevereiro de 2017. Disponível em: http://julgar.pt/wp-content/uploads/2017/02/20170220-ARTIGO-JULGAR-Inversão-ónus-da-prova-confisco-alargado-Duarte-Nunes.pdf. Acesso em: 10.fev.2020.

esse patrimônio incompatível derivou de crimes semelhantes àquele pelo qual o réu foi condenado.

No confisco ampliado os bens proveem de outras atividades ilícitas do condenado, distintas do crime pelo qual foi ele sentenciado e que não foi objeto de prova plena. Nessa espécie de confisco não se determina o liame causal entre a atividade delitiva e o enriquecimento ilícito. Há, porém, uma constatação pelo juiz, com base em indícios fundados e objetivos, de que o patrimônio ilícito deriva de outras condutas ilícitas. "Não é, portanto, uma sanção penal mas um instituto por meio do qual se põe fim à situação patrimonial ilícita, resultante do delito", ensina Urbina.[6]

É de se notar que o patrimônio a ser confiscado não tem relação direta de pertinência com o crime pelo qual o agente foi condenado. Noutras palavras, não é necessário demonstrar que os bens sujeitos ao confisco alargado são provenientes daquele crime que resultou na condenação, pois neste caso estaríamos diante do perdimento convencional, direto ou tradicional, previsto no art. 91 do Código Penal.

Vieira explica que é suficiente a condenação por algum crime. No confisco alargado, prescinde-se "de relação instrumental ou de origem com o crime pelo qual o réu foi condenado." Basta, depois disto, a demonstração de que o acusado tem patrimônio incompatível com a sua renda.[7] Minas concorda:

> Sempre que o Ministério Público consiga demonstrar a base da presunção, o arguido, se não quiser ver os seus bens confiscados a favor do Estado, deve proceder à prova de que adquiriu esses mesmos bens de forma lícita.[8]

Na legislação portuguesa sobre confisco alargado há um rol de delitos (crimes catálogo) em relação aos quais se pode decretar o confisco alargado. Esses crimes são sempre produtores de ativos, capazes de gerar lucros avultados.[9] Embora a lei brasileira não liste os delitos que podem justificar o confis-

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

6 URBINA, Eduardo de Porres Ortiz de. Novedades del decomiso introducidas por la Ley Orgánica 1/2015 y por la Ley 41/2015. El Derecho, 13 de enero del 2016. Disponível em: www.derecho.com. Acesso em: 12.jan.2020.

7 VIEIRA, Roberto d'Oliveira. Confisco alargado de bens: análise do direito comparado. Salvador: Editora JusPodivm, 2019.

8 MINAS, Manuel Picão. O confisco alargado no ordenamento jurídico português. Universidade Católica de Lisboa, Lisboa, 2017. Disponível em: www.repositorio.ucp.pt. Acesso em: 10.fev.2020.

9 MINAS, Manuel Picão. O confisco alargado no ordenamento jurídico português. Universidade Católica de Lisboa, Lisboa, 2017. Disponível em: www.repositorio.ucp.pt. Acesso em: 10.fev.2020.

co, os fatos da realidade e uma interpretação teleológica e também restritiva do art. 91-A do Código Penal levam-nos a considerar correta a leitura segundo a qual apenas crimes produtores de ativos dão lugar ao perdimento alargado.

3. Natureza jurídica do confisco alargado

O tratamento jurídico do confisco criminal no Brasil não é de pena. Embora a Constituição preveja a pena de perda de bens (art. 5º, XLVI), o perdimento tradicional tem a natureza jurídica de efeito extrapenal automático da condenação penal. Esse é modelo no qual se insere o perdimento do caput do art. 91 do Código Penal, assim como o perdimento subsidiário ou por equivalência, previsto no seu §1º. Ambos têm o objetivo de reconstituir o *status quo ante* no tocante ao patrimônio do réu criminoso.

Quanto ao confisco alargado, há dissenso quanto à sua natureza. Esta modalidade de ingerência sobre o patrimônio em função de atos ilícitos graves é classificável como uma espécie do gênero das medidas de extinção de domínio, que podem assumir feição de ação constitucional (como a *extinción de domínio* colombiana), ação civil sobre o patrimônio (*in rem*), pena, medida acessória ou medida preventiva[10] ou "medida de segurança", como se dá na Itália e na Romênia.[11]

> Si tratta di una misura di sicurezza atipica con funzione anche dissuasiva, parallela all'affine misura di prevenzione antimafia introdotta dalla legge n. 575/653. In tal senso si è espressa anche la Corte costituzionale secondo cui "la confisca ivi disciplinata ha struttura e presupposti diversi dall'istituto generale previsto dall'art. 240 c. p."[12]

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

10 Na Itália, o "confisca allargata", do art. 12-sexies, do Decreto-lei 306, de 1992, é uma das misure di prevenzione patrimoniale. Segundo tal dispositivo, "e' sempre disposta la confisca del denaro, dei beni o delle altre utilita' di cui il condannato non puo' giustificare la provenienza e di cui, anche per interposta persona fisica o giuridica, risulta essere titolare o avere la disponibilita' a qualsiasi titolo in valore sproporzionato al proprio reddito, dichiarato ai fini delle imposte sul reddito, o alla propria attivita' economica".

11 Conforme o art. 108 do Código Penal romeno, o confisco alargado é uma măsurile de siguranţă.

12 MENDITTO, Francesco. La confisca allargata o per sproporzione di cui all'art. 12 sexies d.l. n. 356/92, conv. dalla l. n. 356/92, profili sostanziali e procedimentali (cenni), con particolare riferimento agli orientamenti giurisprudenziali aggiornati al novembre 2014. Disponível em: tps://docs.google.com/viewerng/viewer?url=http://www.questionegiustizia.it/doc/confisca_allargata_profili_sostanziali_.pdf. Acesso em: 11.fev.2020.

Genericamente, essas medidas são classificadas como confisco sem condenação criminal (*non-conviction based confiscation*) e como confisco com condenação criminal (*conviction-based confiscation*). Naquelas, o standard probatório é o do processo civil, usando-se esquemas indiciários e presunções, de acordo com o que se chama em doutrina inglesa e norte-americana de preponderância de provas (*balance of probabilities*). Por sua vez, nestas, usualmente, o confisco dependerá de condenação criminal por prova plena (*beyond a reasonable doubt*), embora existam temperamentos em certos ordenamentos jurídicos, de que é exemplo a legislação inglesa.

No caso *Welch vs. Reino Unido* (1995), a Comissão Europeia de Direitos Humanos filiou-se ao entendimento de que o confisco previsto no *Drug Trafficking Offences Act* 1986, daquele país, tinha natureza preventiva e reparatória, não penal.[13]

No caso *Phillips vs. Reino Unido* (2001), a Corte Europeia concluiu que o confisco não é penal e em relação a ele cabe a adoção de normas especiais sobre prova, para facilitar sua aplicação.[14]

No entanto, apesar da posição da Corte Europeia em *Welch* e do que esse mesmo tribunal decidiu em *Dassa Foundation e Outros vs. Liechtenstein* (2007), os critérios adotados por Estrasburgo desde o caso *Engel e Outros vs. Países Baixos* (1976), para a definição da natureza jurídica de infrações e punições, ainda têm aplicação incerta.

Considerando os *Engel criteria,* a avaliação da aplicabilidade do aspecto criminal do art. 6º da Convenção Europeia de Direitos Humanos deve basear-se na classificação adotada no direito interno; na natureza da infração e na finalidade da sanção; e na severidade da penalidade que a pessoa em questão corre o risco de sofrer.[15]

A inconsistência desses critérios levou o juiz Pinto de Albuquerque, em voto parcialmente dissidente no caso Varvara vs. Itália (2013), a dizer que, com o *nomen juris* de confisco, os Estados Partes do Conselho da Europa têm introduzido em seus ordenamentos jurídicos medidas de prevenção criminal, sanções penais (sanções penais acessórias ou principais), medidas de segu-

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

13 CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Case of Welch v. United Kingdom, 9 February 1995. Disponível em: https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":["001-57927"]}. Acesso em: 12.fev.2020. Vide o §25 da sentença.

14 CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Case of Phillips v. The United Kingdom, Strasbourg, 12 July 2001. Disponível em: https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016806ebe19. Acesso em: 10.fev.2020. Vide o § 40 da sentença.

15 CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Case of Engel and Others v. The Netherlands. Strasbourg, 8 June 1976. Disponível em: https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":["001-57479"]}. Acesso em: 12.02.2020.

rança em sentido amplo, medidas administrativas vinculadas ou não a procedimentos criminais e medidas de cunho civil *in rem.* "Confrontada com esse enorme leque de abordagens à disposição do Estado, a Corte ainda não elaborou uma jurisprudência consistente com base em argumentação racional e principiológica".[16]

Certo, porém, é que, no Brasil, doutrina e jurisprudência são uníssonas quanto ao caráter *extrapenal* das modalidades de confisco previstas no art. 91 do Código Penal. Lícito portanto afirmar que também o confisco alargado do art. 91-A do CP tem natureza não penal. No RE 795.567 RG / PR, o STF constatou que "as consequências jurídicas *extrapenais*, previstas no art. 91 do Código Penal, são decorrentes de sentença penal condenatória".[17]

Tal entendimento tem suporte constitucional, uma vez que o inciso XLV do art. 5º da CF, ao dizer que "nenhuma pena passará da pessoa do condenado" e depois permitir que a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens sejam, nos termos da lei, "estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido", o que faz é distinguir pena e confisco, impondo apenas à primeira a restrição de pessoalidade. É graças a esta franquia constitucional ("nos termos da lei") que o legislador pode estipular diferentes requisitos para o confisco como efeito extrapenal da condenação.

No entanto, é importante frisar que, diferentemente do confisco tradicional, o perdimento alargado é um efeito não-automático da condenação criminal. Isso se deve ao seu contorno legal, que exige manifestação expressa do juiz, após exercício probatório específico do Ministério Público, desde a denúncia.

4. A normativa internacional do confisco alargado

O regime internacional sobre perda alargada de bens começou a desenhar-se na Europa nos anos 1990. Os atos normativos básicos que estruturaram o modelo europeu foram a Ação Comum 98/699/JAI, a Decisão-Quadro 2001/500/JAI do Conselho, a Decisão-Quadro 2003/577/JAI do Conselho, a Decisão-Quadro 2005/212/JAI do Conselho e a Decisão-Quadro 2006/783/JAI do Conselho.

Em 2005, o art. 3º da Decisão-Quadro 2005/212/JAI, de 24 de fevereiro, estabeleceu parâmetros europeus para o exercício de "poderes alargados de

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

16 CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Case of Varvara v. Italy, Strasbourg, 29 October 2013. Disponível em: www.hudoc.echr.coe.int. Acesso em: 12.fev.2020.

17 STF, Pleno, RE 795.567 RG / PR, rel. min. Teori Zavascki, j. em 28.05.2015, fixando-se tese sobre o Tema 187.

declaração de perda" em caso de crimes[18]. Tinha-se em mira certos crimes praticados no âmbito de uma organização criminosa, como a falsificação de moeda, lavagem de dinheiro, tráfico de seres humanos, imigração clandestina, exploração sexual de crianças e pornografia infantil, tráfico ilícito de drogas e terrorismo. Em três situações, os Estados da União podem instituir a perda alargada:

a) Quando houvesse fortes indícios de que os bens em questão tivessem sido obtidos como fruto de atividades criminosas da pessoa condenada no período anterior à condenação por ilícitos indicados no ato normativo europeu; ou

b) Quando houvesse fortes indícios de que os bens em questão tivessem sido obtidos em razão de atividades criminosas semelhantes da pessoa condenada no período anterior à condenação por lícitos indicados no ato normativo europeu; ou

c) Quando se provasse que o valor dos bens do condenado era desproporcional aos rendimentos legítimos dessa pessoa e houvesse fortes indícios de que os bens em questão haviam sido obtidos como fruto de sua atividade criminosa.

No entanto, os normativos vigentes de perda alargada e de reconhecimento mútuo das decisões de congelamento e de perda não se mostraram eficazes, especialmente em função das diferenças existentes entre os ordenamentos jurídicos dos Estados da União Europeia. Isto motivou a formalização de uma diretiva para uniformizar o direito dos Estados membros neste ponto:

> A Decisão-Quadro 2005/212/JAI prevê três conjuntos diferentes de exigências mínimas que os Estados-Membros podem escolher para decidir a perda alargada. Em consequência, no processo de transposição dessa decisão-quadro, os Estados-Membros optaram por diferentes alternativas, o que deu origem a conceitos divergentes de perda alargada nas jurisdições nacionais. Essas divergências dificultam a cooperação transfronteiriça em casos de perda. Por conseguinte, afigura-se necessário aprofundar a harmonização das disposições em matéria de perda alargada, estabele-

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

18 Tal decisão-quadro também passou a permitir que os Estados-Membros utilizassem procedimentos não penais para destituir dos bens o autor da infração penal. Ações de extinção de domínio são procedimentos cíveis com esta finalidade.

> cendo uma norma mínima única.[19]

Por isso, com pretensão de ampliar a uniformidade do direito penal dos países membros da UE, o confisco alargado apareceu no art. 5º da Diretiva 2014/42/UE, de 3 de abril de 2014, sobre o congelamento e a perda dos instrumentos e produtos do crime na União Europeia, que estabelece regras mínimas para o congelamento cautelar e a perda de bens. Ali se vê que, para a perda alargada, os Estados Membros da União devem tomar as medidas necessárias para permitir:

> (...) a perda, total ou parcial, dos bens pertencentes a pessoas condenadas por uma infração penal que possa ocasionar direta ou indiretamente um benefício económico, caso um tribunal, com base nas circunstâncias do caso, inclusive em factos concretos e provas disponíveis, como as de que o valor dos bens é desproporcionado em relação ao rendimento legítimo da pessoa condenada, conclua que os bens em causa provêm de comportamento criminoso.

Ao transporem a diretiva de 2014 para os seus ordenamentos jurídicos, os Estados membros devem permitir a perda alargada nos crimes de corrupção ativa e passiva, corrupção no setor privado (suborno), participação em organização criminosa, produção, fornecimento, difusão, distribuição ou transmissão de pornografia infantil; interferência ilegal em dados e em sistemas informáticos e a produção, venda, distribuição de instrumentos dessas infrações penais; e nos crimes apenados com pena máxima não inferior a 4 anos de prisão.

Deve ser possível decretar a perda alargada sempre que o tribunal concluir que os bens em questão derivaram de um comportamento criminoso, a partir de standards probatórios menos rigorosos:

> O que precede não implica a obrigatoriedade de provar que os bens em causa provêm de comportamento criminoso. Os Estados-Membros poderão determinar que bastará, por exemplo, que o tribunal considere em função das probabilidades, ou possa razoavelmente presumir que é bastan-

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

19 UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 2014/42/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 3 abril de 2014. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32014L0042. Acesso em: 10.fev.2020.

> te mais provável, que os bens em causa tenham sido obtidos por via de um comportamento criminoso do que de outras atividades. Se assim for, o tribunal terá de ponderar as circunstâncias específicas do caso, incluindo os factos e as provas disponíveis com base nos quais poderá ser pronunciada uma decisão de perda alargada. O facto de os bens da pessoa serem desproporcionados em relação aos seus rendimentos legítimos poderá ser um dos elementos que levam o tribunal a concluir que os bens provêm de comportamento criminoso. Os Estados-Membros poderão também fixar um prazo durante o qual os bens possam ser considerados como provenientes de comportamento criminoso. [20]

Em contrapartida, o art. 8º da Diretiva 42, de 2014, estabelece uma série de garantias (chamadas de “salvaguardas” em Portugal) para os casos de perdimento. Assim, as pessoas afetadas pelas medidas nela previstas devem ter acesso a vias de recurso efetivas e a um julgamento equitativo, para defender os seus direitos. No curso do processo, devem ter a possibilidade efetiva de contestar as circunstâncias do caso, nomeadamente os fatos concretos e as provas disponíveis com base nas quais os bens questionados são considerados provenientes de comportamento criminoso. As decisões de confisco devem ser fundamentadas e comunicadas ao interessado. Estes devem ter o direito de impugnar a decisão de confisco perante um tribunal. Têm também o direito a um advogado ou defensor durante todo o processo de perdimento de produtos, proveitos e instrumentos, a fim de poder defender os seus direitos. Os terceiros têm direito a invocar o seu título de propriedade ou outros direitos reais. Por fim, os Estados membros devem assegurar que as medidas de perda não impeçam que as vítimas reclamem indenização dos condenados.

O considerando 38 da Diretiva 2014/42/UE reforça o compromisso da União de respeitar os direitos individuais mais importantes, acentuando que suas disposições observam os princípios consagrados na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, do ano 2000, e na Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, “na interpretação que lhe é dada pela jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

20 UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 2014/42/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 3 abril de 2014. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32014L0042. Acesso em: 10.fev.2020.

do Homem."[21]

Do ponto de vista mais geral, o confisco alargado também encontra sua origem em parte nas Convenções de Viena (1988), de Palermo (2000) e de Mérida (2003). Nos seus arts. 5º, 12 e 31, respectivamente, tais tratados encorajam os Estados Partes a considerar a possibilidade de exigir que o autor de uma infração penal demonstre a proveniência lícita do suposto produto ou proveito do crime "ou de outros bens que possam ser objeto de confisco". Tal medida, quando implementada, deve observar os princípios do direito interno.

Tomemos como exemplo o Reino Unido, onde o *Proceeds of Crime Act 2002 (POCA)* regula o confisco criminal. Segundo o art. 6º dessa lei, o juízo criminal (*Crown Court*) pode impor um confisco se duas condições estiverem presentes. A primeira condição é a de que o réu seja enquadrável em uma das seguintes situações: ter sido julgado e condenado por um crime pela *Crown Court*; ter sido sentenciado por uma *Crown Court* nos casos de declinação de competência de uma *Magistrates's Court* em função da gravidade do crime; ou ter tido seu caso submetido à *Crown Court* por um órgão judiciário inferior, para uma decisão sobre confisco.

A segunda condição existirá quando a Promotoria (o *Crown Prosecution Service ou o Serious Fraud Office*) assim o requeira, ou que o próprio juízo entenda aplicável o confisco.

Preenchidos tais requisitos, o juízo criminal deve decidir se o réu é um criminoso habitual, isto é, se tem um estilo de vida criminoso (*criminal lifestyle*)[22], uma carreira criminosa[23]; e se o acusado tirou proveito desse padrão de conduta criminosa; ou se, mesmo não sendo um criminoso habitual, se o acusado beneficiou-se de um crime específico.

O art. 112-1 do Código Penal romeno também prevê o confisco alargado. Sua constitucionalidade foi questionada perante o tribunal competente daquele país. Em seu acórdão 356, de 25 de junho de 2014, o Tribunal Constitucional em Bucareste declarou que as disposições relativas ao confisco alargado

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

21 UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 2014/42/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 3 abril de 2014. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32014L0042. Acesso em: 10.fev.2020.

22 Esta expressão encontra definição no Proceeds of Crime Act 2002 (POCA).

23 No caso ex-juiz federal João Carlos da Rocha Mattos, a 5ª Turma do STJ registrou que: "O acórdão recorrido enumera os vultosos bens acumulados pelo ora Recorrente, e também por co-réus, os quais, depois de exaustiva comparação com dados de rendimentos, imposto de renda, movimentações financeiras etc, são tidos como de origem ilícita, logrando demonstrar, diante do vasto acervo probatório, que o grupo se locupletou com vantagens e ganhos ilícitos, decorrentes direta ou indiretamente do crime de quadrilha, valendo destacar a notória desproporcionalidade entre o patrimônio do Recorrente e seus rendimentos de origem lícita." (STJ, 5ª Turma, RESP 827.940/SP, rel. min. Laurita Vaz, j. em 13.02.2008).

eram compatíveis com a Constituição da Romênia, não ofendendo o direito de propriedade adquirida licitamente.

Aquele Tribunal Constitucional concluiu que os dispositivos legais relativos ao confisco alargado preveem o exercício das garantias mencionadas na jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos. De fato, na Romênia, o confisco alargado é imposto por uma autoridade judiciária com base no convencimento de que certos ativos derivam de atividades ilícitas. A este convencimento se chega após um processo judicial público e contraditório, com possibilidade de defesa e contraprova.[24]

Como se vê, seja nos países de tradição do direito comum de origem britânica (*common law*), seja na tradição do direito continental europeu (*civil law*), o confisco alargado tem sido previsto e considerado constitucional (e também convencional) pelas cortes constitucionais e pelo tribunal europeu de direitos humanos.

5. Aplicação imediata do confisco alargado.

A Lei Anticrime entrou em vigor em 23 de janeiro de 2020[25]. Considerando que o confisco alargado no Brasil é instituto veiculado numa lei de índole criminal, a primeira tentação do intérprete é concluir que as disposições do art. 91-A do Código Penal só podem ser aplicadas a crimes cometidos daquela data em diante.

De fato, a lei *penal* que de qualquer modo impuser tratamento mais gravoso ao réu não pode retroagir. Assim, o confisco previsto no art. 91-A do Código Penal não poderia ser aplicado a crimes cometidos antes do dia 23 de janeiro de 2020.

Parece apoiar essa posição o fato de que, por ocasião da introdução no ordenamento jurídico brasileiro do dever judicial de fixação do valor mínimo devido pelo crime objeto da condenação, a compreensão do STF foi no sentido de sua irretroatividade, afastando-se também a possibilidade de aplicação imediata conforme a regra *tempus regit actum*. De fato, o inciso IV do art. 387 do CPP, ali incluído pela Lei 11.719/2008, foi tido como irretroativo pela Suprema Corte brasileira. Na revisão criminal proposta contra a condenação do ex-deputado federal Natan Donadon na ação penal 396, o tribunal decidiu afastar "a estipulação de valor mínimo prevista no art. 387, IV, do Código de

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

24 CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Case of Telbis and Viziteu vs. Romania. Strasbourg, 26 September 2018. Disponível em: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-184058. Acesso em: 11.fev.2020.

25 Para o confisco alargado do art. 63-F da Lei 11.343/2019, a vigência se deu em 18 de outubro de 2019, data da publicação da Lei 13.886/2019 no Diário Oficial da União, sem vacatio legis.

Processo Penal, sem prejuízo da persecução correspondente em procedimento autônomo, quando fora de dúvida a ausência de contraditório a respeito”.[26]

Sobre o mesmo ponto, o STJ entendera que a regra do art. 387, inciso IV, do CPP tem natureza híbrida, de direito processual e material, “razão pela que não se aplica a delitos praticados antes da entrada em vigor da Lei 11.719/2008, que deu nova redação ao dispositivo.”[27]

No entanto, há posição contrária, com fundamentos relevantes e origem apreciável. A aplicação imediata do art. 91-A do CP a fatos anteriores será admissível se considerarmos o perdimento alargado um efeito meramente civil da sentença penal condenatória. Na fórmula adotada pela Lei 13.964/2019 – ou ainda pela Lei 13.886/2019 –, a sentença penal condenatória seria apenas um gatilho para repercussões de natureza patrimonial, não penais, portanto.

Segundo nos conta Linhares, na doutrina portuguesa, discute-se se o confisco alargado tem natureza jurídica penal, cível ou administrativa, ou mesmo mista, *sui generis*.[28] No Brasil, o confisco em geral é tido como efeito *extrapenal* da condenação. No RE 795.567, com repercussão geral, o STF reconheceu a natureza extrapenal dos efeitos da condenação previstos no art. 91 do CP.[29] Na linha dessa distinção, diz Paulo Queiroz ao comentar o art. 2º do Código Penal:

> Cumpre notar que a expressão descriminalizar (= abolir o crime), como o indica o étimo da palavra, significa retirar de certa conduta o caráter de criminoso, mas não o caráter de ilicitude, já que o direito penal não constitui o ilícito (caráter subsidiário); logo, não pode, pela mesma razão, desconstituí-lo. Por isso que, embora não subsistindo quaisquer dos efeitos penais (v.g. reincidência), persistem todas as consequências

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

26 STF, Pleno, RvC 5437/RO, Rel. Min. Teori Zavascki, j. em 17.12.2014. Colhe-se do voto do ministro Roberto Barroso, revisor: “Não é possível aplicar retroativamente a norma prevista no art. 386, IV, do Código de Processo Penal. Do mesmo modo, deve haver a formulação de pedido de reparação mínima dos danos, com apresentação de valores e provas, no curso da instrução. No caso, não tendo sido observados esses requisitos, deve-se rescindir o acórdão revisando nessa parte”.

27 STJ, 5ª Turma AgRg no RESP 1.254.742/RS, j. em 22.10.2013.

28 LINHARES, Sólon Cícero. Os limites do confisco alargado. Revista Jurídica Luso-Brasileira, Ano 5 (2019), n. 2, p. 1731-1803.

29 STF, RE 795.567 RG / PR, rel. min. Teori Zavascki, j. em 28.05.2015, no tema 187, fixando-se a tese de que “as consequências extrapenais, previstas no art. 91 do Código Penal, são decorrentes da sentença penal condenatória (...).” Note-se ainda que o art. 2º do CP distingue o destino dos efeitos penais e dos efeitos extrapenais da abolitio criminis, não extinguindo estes últimos, isto é, seus efeitos civis.

> não penais (civil, administrativo) do fato, como a obrigação civil de reparar o dano, que independe do direito penal.[30]

Os efeitos extrapenais (civis ou administrativos) da condenação são destacáveis dos efeitos penais e independentes da própria subsistência do crime, como se vê nos casos de *abolitio*, à luz do art. 2º do CP. Ademais, o intérprete que abraçar a feição cível ou administrativa do perdimento alargado poderá então restringir o conceito de lei "penal", para validamente contornar o óbice posto pelo inciso XL do art. 5º da Constituição de 1988, segundo o qual "a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu". Note-se que o art. 9º da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, de 1969, tem redação diversa para esta garantia, limitando seu alcance à norma incriminadora (que gera a condenação) e ao preceito sancionador (que delimita a pena criminal), segundo o brocardo *nulla poena sine lege*:

> Artigo 9. Princípio da legalidade e da retroatividade Ninguém pode ser condenado por ações ou omissões que, no momento em que forem cometidas, não sejam delituosas, de acordo com o direito aplicável. Tampouco se pode impor pena mais grave[31] que a aplicável no momento da perpetração do delito. Se depois da perpetração do delito a lei dispuser a imposição de pena mais leve, o delinquente será por isso beneficiado.

A conclusão pela aplicação imediata das normas atinentes ao perdimento alargado baseia-se ainda noutra premissa. Tal como ocorre no crime de lavagem de dinheiro em relação ao verbo "ocultar", a situação de ilicitude patrimonial – isto é, a mácula sobre os ativos sujeitos ao confisco alargado – perdura no tempo, sendo esta ilegitimidade sobre os ativos maculados (*tainted property*) derivada de condutas anteriores já tipificadas como crime na lei penal, antes mesmo da introdução do confisco alargado no ordenamento jurídico. Portanto, nessa linha de entendimento, não haveria violação ao princípio da irretroatividade da lei penal mais severa, dado que os crimes "lucrativos" que agora dão lugar ao confisco ampliado já estavam devidamente previstos na lei penal, antes daquele diploma que fez surgir o efeito civil ou administrativo do confisco. Ou seja, os bens são provenientes de condutas já tipificadas

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

30 QUEIROZ, Paulo. Direito penal: parte geral. 4ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

31 O confisco não é pena, pouco importando ter sido veiculado em norma formalmente criminal.

na lei penal antes da vigência do novo modelo de perdimento. Logo há uma situação de permanência da ilicitude que, tal como na lavagem de dinheiro ("ocultar"), se protrai no tempo, e autoriza a aplicação imediata do novo instituto, desde que estabelecido o contraditório a partir da denúncia (§3º do art. 91-A do CP). Eis o entendimento do STF:

> 3. O crime de lavagem de bens, direitos ou valores, quando praticado na modalidade típica de "ocultar", é permanente, protraindo-se sua execução até que os objetos materiais do branqueamento se tornem conhecidos, razão pela qual o início da contagem do prazo prescricional tem por termo inicial o dia da cessação da permanência, nos termos do art. 111, III, do Código Penal. (...). 5. Embora não estivesse em vigor a Lei 9.613/98 quando o crime antecedente (corrupção passiva) foi praticado, os atos de lavagem ocorreram durante sua vigência, razão pela qual não há falar em retroatividade da lei penal em desfavor do réu. A Lei 9.613/98 aplica-se aos atos de lavagem praticados durante sua vigência, ainda que o crime antecedente tenha ocorrido antes de sua entrada em vigor.[32]

Para assegurar a aplicação imediata do confisco alargado, o legislador explicitou uma salvaguarda temporal no inciso I do art. 91-A do CP, ao determinar que tal medida extrapenal somente será aplicável ao patrimônio do condenado, assim entendidos os ativos de sua titularidade ou aqueles sobre os quais ele tenha o domínio e o benefício direto ou indireto, "na data da infração penal ou recebidos posteriormente". Ou seja, para impedir uma retroatividade maléfica, inconstitucional e inconvencional, o acervo patrimonial maculado (*tainted property*) é determinado a partir de um marco temporal de posteridade, abrangendo apenas os bens, direitos e valores tidos na data do crime (já tipificado) ou havidos depois dele (*post factum*). Este é o período relevante. O

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

32 STF, 1ª Turma, AP 863/SP, rel. min. Edson Fachin, j. em 23.05.2017. Nesta ação penal, proposta contra Paulo Maluf, o STF reconheceu o caráter permanente do crime de lavagem de de capitais, quando na modalidade "ocultação". No mesmo sentido, o HC 167.132 AgR / SP (rel. min. Ricardo Lewandowski, j. em 14.06.2019), no qual a 2– Turma do STF decidiu que "o crime de lavagem de dinheiro, pelo menos na modalidade de ocultar, configura crime de natureza permanente, uma vez que, enquanto os bens ou valores encontrarem-se escondidos ou camuflados por obra do agente, a consumação do delito projeta-se no tempo, pois remanesce íntegra a agressão ao objeto jurídico protegido pelo legislador, em especial a administração da justiça."

mesmo se diga quanto à regra de extensão do inciso II do mesmo artigo, que também considera patrimônio confiscável aquele transferido gratuitamente ou graciosamente a terceiros "a partir do início da atividade criminosa", isto é, após o crime-marco.

Escrevendo antes da Lei 13.964/2019, Rafael Rosa já entendia que nada obsta a imposição do confisco alargado "ainda que o delito tenha sido praticado antes da entrada em vigor da nova lei", pois o instituto tem natureza civil patrimonial, não sendo uma sanção criminal.[33]

Em *Dassa Foundation e Outros vs. Liechtenstein* (2007), a Corte Europeia de Direitos Humanos assentou ser possível a aplicação retroativa da medida confiscatória, não tendo identificado violação ao art. 7º da Convenção Europeia de Direitos Humanos, de 1950,[34] uma vez que esse tipo de confisco é comparável à reparação do direito civil, aplicável ao enriquecimento ilícito, e não a uma sanção penal de multa (*fine*).[35] No caso listenstainiano, os ativos confiscados haviam resultado de propinas pagas a juízes na Itália por um dos peticionantes (o Sr. Attilio Pacifico) nos anos 1990, muito antes da vigência das regras de confisco naquele país, previstas no art. 20-b, §2º, do Código Penal[36]. Os valores dos subornos, cerca de 29 milhões de francos suíços, foram então ocultados no *Neue Bank* em nome das fundações Dassa e Lafleur, constituídas em Vaduz, o que ocorreu em 1996, também antes de a lei confiscatória entrar em vigor em Liechtenstein.

Em 2003, a Suprema Corte local (*Fürstlicher Oberster Gerichtshof*) afirmou a constitucionalidade da medida e sua retroatividade, tendo entendido que o confisco previsto no art. 20-b do Código Penal local podia aplicar-se retroativamente, já que o perdimento patrimonial não era uma sanção adicional por um crime, mas um "efeito patrimonial" da aquisição patrimonial ilícita,

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

33 ROSA, Rafael Arouca. O confisco sem condenação penal como medida de recuperação dos bens e valores instrumentos ou produtos da lavagem de ativos. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade Estadual Paulista, Franca, 2015. Disponível em: www.franca.unesp.br. Acesso em: 10.fev.2020.

34 Convenção Europeia de Direitos Humanos: "Art. 7º. 1. Ninguém pode ser condenado por uma acção ou uma omissão que, no momento em que foi cometida, não constituía infracção, segundo o direito nacional ou internacional. Igualmente não pode ser imposta uma pena mais grave do que a aplicável no momento em que a infracção foi cometida."

35 CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS, Case of Dassa Foundation and Others vs. Liechtenstein, Strasbourg, 10 July 2007. Disponível em: https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016806ebe42. Acesso em: 11.fev.2020. Vide também as decisões norte-americanas nos casos US v. Certain Funds Located at the Hong Kong and Shanghai Banking Corp, do Tribunal Regional Federal da 2ª Região dos EUA (2nd Cir. 1996) e US vs. Fourt Tracts of Property on the Waters of Leiper's Creek, do TRF da 6ª Região (6th Circ., 1999).

36 Cuja vigência se deu apenas em 19 de dezembro de 2000.

justificada por sua permanência ao longo do tempo e cuja executoriedade seria garantida por mecanismos ordinários de direito civil, e não por conversão em prisão. Afirmou ainda a Corte listenstainiana que os crimes que geraram os ativos em questão já haviam sido tipificados tanto pela lei local quanto pela lei italiana, quando a nova regra de confisco entrou em vigor. No ano seguinte, a Corte Constitucional de Liechtenstein (*Staatsgerichshof des Fürstentums Liechtenstein*) seguiu a mesma linha da Suprema Corte do país e validou essa modalidade de confisco.[37]

O fato é que, mesmo tendo em consideração regimes de *non-conviction based confiscation* (confisco independentemente de condenação penal), conhecidos pela sigla NCB, este tema tem sido resolvido por tribunais nacionais de países das tradições da *civil law* e da *common law* em favor da tese da retroatividade ou da possibilidade de aplicação imediata. Dizem Greenberg, Samuel, Grant e Gray que a proibição de aplicação retroativa de tal tipo de instituto não ocorre porque o confisco (*forfeiture*) não tem natureza jurídica punitiva ou criminal, sendo apenas uma consequência civil do fato de o agente ter obtido bens, direitos ou valores com a prática de crimes anteriores. Assim, como o confisco não é uma sanção penal e como este perdimento só se dá em função de crimes anteriormente tipificados na lei penal, não há violação da vedação à irretroatividade da lei penal mais gravosa.[38]

Nesta toada, o art. 7.1, segunda sentença, da Convenção Europeia de Direitos Humanos, somente se aplica a medidas com efeito retroativo que tenham natureza de sanção (*penalty*), no sentido desse mesmo dispositivo convencional. [39]

Quanto à caracterização da medida impugnada de acordo com o direito interno, a Corte Europeia levou em conta que os tribunais de Liechtenstein foram unânimes em concluir que o congelamento e o subsequente confisco não constituíam uma sanção penal na acepção do artigo 7.1 da Convenção, mas uma medida distinta, de acordo com o Código Penal de Liechtenstein, destinada a impedir que o crime não compense.

No particular, voltando os olhos para a Grã-Bretanha, veremos que a lei

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

37 CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS, Case of Dassa Foundation and Others vs. Liechtenstein, Strasbourg, 10 July 2007. Disponível em: https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016806ebe42. Acesso em: 11.fev.2020.

38 GREENBERG, Theodore S.; SAMUEL, Linda M.; GRANT, Wingate; GRAY, Larissa. Stolen asset recovery: a good practice guide for non-conviction based asset forfeiture, Washington: The World Bank, 2009, p. 45-46.

39 CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS, Case of Dassa Foundation and Others vs. Liechtenstein, Strasbourg, 10 July 2007. Disponível em: https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016806ebe42. Acesso em: 11.fev.2020.

criminal inglesa é expressa no sentido da retroatividade. O art. 340.4.c do *Proceeds of Crime Act 2002 (POCA)* estabelece que não é relevante se "a conduta ocorreu antes ou depois da vigência" da lei[40]. Em *Welch vs. Reino Unido* (1995) [41], contudo, dadas as características da legislação britânica anterior, a Lei Antidrogas de 1986 (*Drug Trafficking Offences Act 1986*)[42], a Corte Europeia de Direitos Humanos posicionou-se pelo caráter penal do confisco ali previsto, devido aos contornos mais rigorosos da lei então vigente, que inclusive permitiam a conversão da multa confiscatória em prisão (*by default*). Esta, porém, não é a natureza jurídica nem a consequência do confisco patrimonial no Brasil.

6. Conclusões

Introduzido pela Lei 13.964/2019 para os crimes em geral – e, antes, pela Lei 13.886/2019 para o narcotráfico –, o confisco alargado é uma importante ferramenta da persecução patrimonial, nos crimes que geram ativos (delitos "lucrativos"), quando identificada incongruência patrimonial significativa relacionada a um contexto de criminalidade ou a uma carreira criminosa.

A definição da natureza jurídica do confisco alargado mostra-se relevante para sua interpretação. Constituindo um efeito não automático da condenação criminal, difere do confisco tradicional. No entanto guarda com ele identidade por se tratar de um efeito extrapenal dessa mesma condenação, mas que não se confunde com a pena privativa de liberdade, à luz do art. 5º, inciso XLV, da Constituição.

O surgimento do confisco alargado no direito de países europeus contribuiu para a formatação de um marco normativo a seu respeito na União Europeia, o que por sua vez, serviu como diretriz de política criminal para o bloco em matéria de persecução patrimonial. Ao lado dos preceitos jurídicos internacionais sobre *conviction-based* e *non-conviction based* confiscation, constantes sobretudo da Convenção de Mérida (2003), tal conjunto busca aproximar a legislação de diferentes jurisdições para o emprego de medidas patrimoniais contra a criminalidade lucrativa, especialmente a delinquência transnacional organizada. A checagem de convencionalidade dos sistemas nacionais europeus feita pela Corte Europeia de Direitos Humanos em prece-

◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇

40 REINO UNIDO. POCA (2002), art. 340: "(4) It is immaterial— (a)who carried out the conduct; (b) who benefited from it; (c) whether the conduct occurred before or after the passing of this Act."

41 CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Case of Welch vs. United Kingdom, Strasbourg, 9 February 1995. Disponível em: https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":["001-57927"]}. Acesso em: 12.fev.2020. Vide o §31 da sentença.

42 O réu, Sr. Welch, havia sido condenado por tráfico de drogas previsto no, que entrou em vigor em 12 de janeiro de 1987.

dentes significativos cumpre o relevantíssimo papel de preservar os direitos e garantias fundamentais no emprego de novas ferramentas de natureza patrimonial na persecução criminal de delitos graves.

A aplicação imediata do confisco alargado, como problema de direito intertemporal, parece resolver-se tendo em conta sua natureza jurídica. O instituto previsto no art. 91-A do Código Penal é efeito *extrapenal* da condenação; não é pena. Embora circunscrito no tempo, este é um tema relevante e instigante. A natureza jurídica deve ser levada em conta pelo intérprete da norma, para que se tenha a aplicabilidade imediata do confisco alargado a todos os crimes "lucrativos já tipificados antes de 23 de janeiro de 2020. Contudo, a outra conclusão se poderá chegar se for diversa (penal) a natureza jurídica do confisco alargado.

7. Referências bibliográficas

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS, Case of Dassa Foundation and Others vs. Liechtenstein, Strasbourg, 10 July 2007. Disponível em: https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016806ebe42. Acesso em: 11.fev.2020.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Case of Engel and Others v. The Netherlands. Strasbourg, 8 June 1976. Disponível em: https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":["001-57479"]}. Acesso em: 12.02.2020.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Case of Phillips v. The United Kingdom, Strasbourg, 12 July 2001. Disponível em: https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016806ebe19. Acesso em: 10.fev.2020.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Case of Telbis and Viziteu vs. Romania. Strasbourg, 26 September 2018. Disponível em: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-184058. Acesso em: 11.fev.2020.
CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Case of Varvara v. Italy, Strasbourg, 29 October 2013. Disponível em: www.hudoc.echr.coe.int. Acesso em: 12.fev.2020.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Case of Welch v. United Kingdom, 9 February 1995. Disponível em: https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":["001-57927"]}. Acesso em: 12.fev.2020.

GREENBERG, Theodore S.; SAMUEL, Linda M.; GRANT, Wingate; GRAY, Larissa.

Stolen asset recovery: a good practice guide for non-conviction based asset forfeiture, Washington: The World Bank, 2009, p. 45-46.
LINHARES, Sólon Cícero. Os limites do confisco alargado. Revista Jurídica Luso-Brasileira, Ano 5 (2019), n. 2, p. 1731-1803.

MENDITTO, Francesco. La confisca allargata o per sproporzione di cui all'art. 12 sexies d.l. n. 356/92, conv. dalla l. n. 356/92, profili sostanziali e procedimentali (cenni), con particolare riferimento agli orientamenti giurisprudenziali aggiornati al novembre 2014. Disponível em: tps://docs.google.com/viewerng/viewer?url=http://www.questionegiustizia.it/doc/confisca_allargata_profili_sostanziali_.pdf. Acesso em: 11.fev.2020.

MINAS, Manuel Picão. O confisco alargado no ordenamento jurídico português. Universidade Católica de Lisboa, Lisboa, 2017. Disponível em: www.repositorio.ucp.pt. Acesso em: 10.fev.2020.

NUNES, Duarte Alberto Rodrigues. Admissibilidade da inversão do ônus da prova no confisco alargado de vantagens provenientes da prática de crimes. Revista Julgar, fevereiro de 2017. Disponível em: http://julgar.pt/wp-content/uploads/2017/02/20170220-ARTIGO-JULGAR-Inversão-ónus-da-prova-confisco-alargado-Duarte-Nunes.pdf. Acesso em: 10.fev.2020.

QUEIROZ, Paulo. Direito penal: parte geral. 4ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

ROSA, Rafael Arouca. O confisco sem condenação penal como medida de recuperação dos bens e valores instrumentos ou produtos da lavagem de ativos. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade Estadual Paulista, Franca, 2015. Disponível em: www.franca.unesp.br. Acesso em: 10.fev.2020.

UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 2014/42/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 3 abril de 2014. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32014L0042. Acesso em: 10.fev.2020.

URBINA, Eduardo de Porres Ortiz de. Novedades del decomiso introducidas por la Ley Orgánica 1/2015 y por la Ley 41/2015. El Derecho, 13 de enero del 2016. Disponível em: www.derecho.com. Acesso em: 12.jan.2020.

VIEIRA, Roberto d'Oliveira. Confisco alargado de bens: análise do direito comparado. Salvador: Editora JusPodivm, 2019.

PACOTE ANTICRIME

VOLUME I

A Lei 13.964, de 24 de dezembro de 2019, conhecida como Pacote Anticrime, alterou 17 (dezessete) leis - dentre as quais o Código Penal, o Código de Processo Penal e a Lei de Execuções Penais – com profundos reflexos no sistema de justiça criminal brasileiro.

Compreender tais mudanças, buscar interpretações razoáveis para os textos legais e firmar posicionamentos sobre a atuação do Ministério Público brasileiro foram alguns dos desafios que inspiraram o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), por meio da Unidade Nacional de Capacitação, e o Ministério Público do Estado do Paraná (MPPR), pela sua Escola Superior, a coordenar esforços para reunir estudiosos do Pacote Anticrime.

O primeiro volume contempla estudos que examinam a sucessão de leis penais no tempo, o combate à violência de gênero contra mulheres, a figura do agente disfarçado, a presença do defensor técnico do investigado nos casos de letalidade policial, a nova sistemática de arquivamento do inquérito policial, a valorização da vítima e a justiça restaurativa, o acordo de não persecução penal e o acordo de não persecução cível, a cadeia de custódia e o confisco alargado.